Die Rechtshandlungen.

Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit und die Möglichkeit der Stellvertretung bei ihnen.

Eine Untersuchung auf Grund der neuesten Forschung aus dem Gebiet des bürgerlichen Rechts unter Berücksichtigung der Frage, inwieweit die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung auf die Rechtshandlungen Anwendung finden können.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der hohen Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard von Becker
Gerichtsreferendar in München

München
1937

Referent: Univ. Prof. Geh. Just. Rat Dr. Kübler.

approbiert am 14. XII. 1936

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsangabe.

Einleitung.

Seite

I. Kapitel: Begriff und Einteilung der Rechtshandlungen.

1. Abschnitt: Der Begriff der Rechtshandlungen.

§ 1. Entwicklung des Begriffes der Rechtshandlungen in der Rechtslehre 11

§ 2. Heutige Bedeutung des Begriffes 14

§ 3. Rechtliche Charakterisierung des Begriffes der Rechtshandlungen 14

I. Abgrenzung der Rechtshandlungen gegenüber den Naturtatsachen 14

II. Abgrenzung der Rechtshandlungen gegenüber den körperlichen Tatsachen 17

§ 4. Folgen, die sich aus dem Begriff der Rechtshandlungen ergeben 19

2. Abschnitt: Einteilung der Rechtshandlungen.

§ 1. Beurteilung der Rechtshandlungen in der Wissenschaft 20

§ 2. Einteilung der Rechtshandlungen in vier Gruppen . . . 22

II. Kapitel: Wesen und rechtliche Behandlung der Rechtshandlungen.

1. Abschnitt: Die Mitteilungen.

§ 1. Die Willensmitteilungen 26

§ 2. Die Vorstellungsmitteilungen 29

§ 3. Rechtliche Behandlung der Mitteilungen 34

1. Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit . . . 34

2. Die Möglichkeit der Stellvertretung 35

2. Abschnitt: Die Rechtshandlungen mit höchstpersönlichem Charakter.

§ 1. Die Verzeihung[1] 39

[1] Die römischen Ziffern im Text bedeuten für I jeweils „Wesen und rechtliche Natur" der betreffenden Rechtshandlung, für II jeweils „rechtliche Behandlung" der betreffenden Rechtshandlung. Die arabischen Ziffern im Anschluß an die römischen Ziffern bedeuten für 1: „die rechtliche Behandlung bezüglich der Geschäftsfähigkeit" der betreffenden Rechtshandlung, für 2: „die rechtliche Behandlung bezüglich der Stellvertretung" der betreffenden Rechtshandlung.

Die Ziffern der Fußnoten sind für die einzelnen Paragraphen fortlaufend numeriert.

§ 2. Die Zustimmung zum Ehebruch 41
§ 3. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft . 44
§ 4. Das Miteinanderleben der Ehegatten 47
§ 5. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft . . 49
§ 6. Der Rücktritt vom Verlöbnis 52

3. Abschnitt: Die Rechtshandlungen mit erheblichen inneren Tatsachen.

§ 1. Die Begründung und Aufgabe des Wohnsitzes . . . 54
§ 2. Die Geschäftsführung ohne Auftrag 57
§ 3. Die Besitzerwerbs- und -aufgabehandlungen . . . 61
A. Allgemeines 61
B. Die Rechtshandlung der Übergabe von Hand zu Hand 63
C. Die Einigung. § 854 II 67
§ 4. Der Erwerb des Eigenbesitzes 70
§ 5. Die Aneignung 72

4. Abschnitt: Die Realakte.

§ 1. Die Fortsetzung des Gebrauchs der gemieteten Sache . 76
§ 2. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten . . . 81
§ 3. Die Notstandshandlung des § 904 BGB. 85

Schrifttum

Archiv für Bürgerliches Recht = Arch. f. Bgl. R., Bde. 23, 25, 26, 31, 34.

Archiv für die zivilistische Praxis = Arch. f. ziv. Prax., Bde. 93, 99.

Bekker, Das Recht des Besitzes bei den Römern, 1880.

Berliner Festausgabe für Dernburg, überreicht zum 50jährigen Doktorjubiläum von der Juristischen Fakultät der Universität Berlin 1900.

Biermann: Bürgerliches Recht, I. Bd.: Allgemeine Lehren und Personenrecht 1908, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.

Blume, von: Das Familienrecht des BGB., erläutert von W. v. Blume und O. Opet, 3. Abschnitt: Vormundschaftsrecht, Berlin 1904.

Breit: Die Geschäftsfähigkeit: 1. Hälfte: Grundlegung, Leipzig 1903.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Tübingen 1910.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts. 1. und 2. Bd., 4. Aufl., 1904 und 7.—8. Aufl., 1922/24, Jena.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 1. und 2. Teil, 8. Aufl., Jena.

Crome: System des deutschen bürgerl. Rechtes. 1. und 2. Bd., Tübingen-Leipzig 1900/1902.

Das Recht, hsg. von Soergel: Rundschau für den deutschen Juristenstand, Jg. 1903, 1918.

Dernburg: Das bürgerl. Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 1., 2. und 3. Bd., 4. Aufl., Halle 1908/1909; 1. u. 2. Bd., 3. Aufl., Halle 1906.

„ Pandekten. 1. u. 2. Bd., 6. Aufl., 1900.

Dillow: Quittung in Recht und Verkehr, Diss., Berlin 1895.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., 2. Bd., 2. Aufl., Berlin 1904.

Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Einführung in das Studium des BGB. 1. Bd., 8. Aufl., 1903 und 9. Aufl. 1908; 2. Bd., 8./9. Aufl., 1. Hälfte, Berlin 1905; 2. Hälfte, Berlin 1908.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. Allg. Teil, 12. Bearbeitung, Marburg 1928.
Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb., Marburg 1930.
Sachenrecht, 8. Bearb., Marburg 1929.
Familienrecht, 6. Bearb., Marburg 1928.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen = RG., Bde. 1, 57, 58, 71, 75, 79, 84, 85, 88, 96, 98, 99, 105, 119, 123.

Entscheidungen der Oberlandesgerichte = OLG., = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts, Bde. 2, 4, 13, 29.

Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts = Bayer. OLG. = Sammlung von Entscheidungen des Obersten Landesgerichts für Bayern, Bd. 28.

Eltzbacher: Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerl. Recht. 1. Bd., Berlin 1903.

Fischer Henle: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., München 1932.
Freudenberg: Die Verzeihung nach den Bestimmungen des BGB. für das Deutsche Reich, Diss., Rostock 1903.
Gareis: Der Allgemeine Teil des Bürgerl. Gesetzbuches, Berlin 1900.
Gierke, von: Deutsches Privatrecht, Bd. 1, Allgemeiner Teil und Personenrecht, 1895; Bd. 2, Sachenrecht, 1905; Bd. 3, Schuldrecht, 1917, Leipzig.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerl. Gesetzbuch, 2. Bd., 2. Aufl., 1902; 3. Bd., 3. Aufl., Berlin 1921.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 58.
Hedemann: Sachenrecht des BGB., Berlin-Leipzig 1924.
Hölder: Pandekten, Allgemeine Lehren, 1891.
Kommentar z. Allg. Teil d. bürgerl. Gesetzbuches, München 1900.
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts = Iher. Jb., Bde. 16, 18, 38, 40, 44, 56, 59, 70.
Isay: Die Geschäftsführung nach dem BGB. für das Deutsche Reich, Jena 1900.
Klein: Die Rechtshandlungen im engeren Sinn in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, Bd. 25, Heft 2, 1912.
Kniep:: Der Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches, Jena 1900.
Kohler: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1, Bd. 6, Berlin 1906; Bd. 2, 1. u. 2. Hälfte, Berlin 1919.
Kommentar von Reichsgerichtsräten: 1. Bd., 8. Aufl.; 2. Bd., 7. u. 8. Aufl.; 3. Bd., 8. Aufl.; 4. Bd., 8. Aufl., Berlin-Leipzig 1935.
Kommissionsbericht = Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, 1896.
Kreß: Besitz und Recht, Nürnberg-Leipzig 1909.
Landsberg: Das Recht des BGB. vom 18. VIII. 1896: 1. u. 2. Hälfte, Berlin 1904.
Langen: Die privatrechtliche Stellung der Wirte und der Gastaufnahmevertrag, Marburg 1902.
Lehmann: Allgemeiner Teil des BGB., 4. Aufl., Berlin 1933.
Leonhard: Allgemeiner Teil zum BGB., 1900.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, ihr Begriff und ihre Behandlung nach dem BGB., Berlin 1907.
Meißner-Stern: Das in Preußen geltende Nachbarrecht, München 1927.
Motive zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bde. 1, 2, 3, 4.
Nadler: Begriff, juristische Natur und rechtliche Behandlung der Verzeihung im Recht d. Schenkung, d. Ehescheidung, d. Pflichtteils u. d. Erbunwürdigkeit nach dem BGB., Diss., Rostock 1902.
Neumann: Handausgabe des BGB. für das Deutsche Reich, 1. Bd., 5. Aufl. und 1.—3. Bd., 6. Aufl., Berlin 1912.
Oertmann: Allgemeiner Teil des BGB., 3. Aufl., 1908. Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 1929.
Oetker: Über Notwehr und Notstand nach den Paragraphen 227, 228, 904 des BGB., Leipzig 1903.
Österreichisches Zentralblatt: Für die jur. Praxis, Bd. 28.
Opet: Das Familienrecht, erläutert von O. Opet und W. v. Blume. 1. und 2. Abschn., Berlin 1906.
Planck: Kommentar zum BGB., 1. u. 2. Bd., 4. Aufl.. Berlin-Leipzig 1913/1928; 3. Bd., 5. Aufl., Berlin-Leipzig 1933; 4. Bd., 4. Aufl., Berlin 1928.
„ Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 1. Bd., Nördlingen 1887.

Polenske: Gastschaftsverträge, Greifswald 1915.
Protokolle d. Kommission f. d. Lesung d. 2. Entwurfs des BGB., Bde. 2 und 6, Berlin 1899.
Rauch: Separatio perpetua und Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft. Diss., Berlin 1908.
Regelsberger: Pandekten, 1. Bd., 1893.
Rehbein: Das Bürgerl. Gesetzbuch mit Erläuterungen, 1. Bd., Berlin 1899.
Rosenberg: Stellvertretung im Prozeß, Berlin 1908.
Rümelin: Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters nach gemeinem Recht. I. Bd., Freiburg 1888.
Sartorius: Kommentar zum Personenstandsgesetz. München 1902.
Savigny, von: System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd., 1840.
Schollmeyer: Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB., 2. Aufl., Berlin 1904.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten, Bde. 61, 78.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 74.
Sohm: Der Gegenstand, ein Grundbegriff des BGB. Leipzig 1905.
Sokolowski: Die Philosophie im Privatrecht, Bd. II. „Der Besitz im klassischen Recht". 1907.
Staudinger, von: Kommentar zum BGB. Allgem. Teil, 10. Aufl.; Schuldrecht, 1., 2., 3. Teil, 9. Aufl.; Sachenrecht, 1. u. 2. Teil, 10. Aufl.; Familienrecht, 1. u. 2. Teil, 9. Aufl., München-Berlin-Leipzig.
Stier-Somlo-Elster: Handwörterbuch d. Rechtswissenschaft, 4. Bd., Berlin-Leipzig 1927.
Titze: Notstandsrechte im deutschen BGB. Diss., Berlin 1897.
Thur, von: Allg. Teil des deutschen BGB., 1. u. 2. Bd., 1. u. 2. Hälfte, München-Leipzig 1914.
Varrentrapp: Der besondere Vertreter nach § 30 BGB. unter Berücksichtigung des Handels- und Arbeitsrechtes. Berlin 1930.
Warneyer: Kommentar zum BGB. für das Deutsche Reich, 1. u. 2 Bd., Tübingen 1930.
Jahrbuch der Entscheidungen zum BGB. 1915, 1917.
Weilinghaus: Der Notstand nach §§ 228, 904 des BGB. Diss., Lpzg. 1906.
Wellspacher: Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien 1906.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch der Pandekten, 1. u. 2. Bd., 9. Aufl., 1906.
Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2 Teile, 1889/1890.

Einleitung.

„Den Rechtsgeschäften als Handlungen mit Rechtsfolgen, die, weil sie gewollt sind, eintreten, stehen Handlungen gegenüber, an welche Rechtswirkungen sich anschließen, für deren Eintritt es nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob dieselben von den Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind . . . und welche nicht ungeeignet mit Rechtshandlungen bezeichnet werden."[1]

Die Wissenschaft hat zu dem Begriff der Rechtshandlungen und der Frage ihrer rechtlichen Behandlung nur sehr zögernd und zum Teil sehr mangelhaft und allgemein Stellung genommen. Da sich aus der Verschiedenheit der vielen Rechtshandlungen ergab, daß eine einheitliche Anwendung der Vorschriften über die Rechtsgeschäfte nicht auf diese möglich war, ist die Rechtslehre daher in verschiedenen Versuchen davon ausgegangen, die Rechtshandlungen je nach ihrem Grade der Ähnlichkeit mit den Rechtsgeschäften in verschiedene Gruppen einzuteilen und auf einzelne dieser Gruppen die Regeln über die Rechtsgeschäfte für anwendbar zu erklären oder sie zu verneinen. Bestand auch im Schrifttum völlige Übereinstimmung darüber, daß nur die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte die notwendigen Anknüpfungspunkte für eine Regelung der Rechtshandlungen boten, so ließ die wissenschaftliche Ungeklärtheit des Problems doch bei der Mannigfaltigkeit der Rechtshandlungen eine Einigung, inwieweit die Rechtsgeschäftsnormen anwendbar seien, nicht zustande kommen. Insbesondere waren die für die Frage der Vertretbarkeit und der Geschäftsfähigkeit bei den Rechtshandlungen gezeitigten Ergebnisse keineswegs überzeugend und befriedigend.

Während ein großer Teil der Schriftsteller auf gewisse Rechtshandlungsgruppen die Anwendung jener Vorschriften überhaupt nicht für möglich halten und eine solche mit der einen oder andern Begründung ablehnen, wollen andere wiederum die rechtsgeschäftlichen Vorschriften, insbesondere

[1] Motive I, S. 127.

die Vorschriften über Stellvertretung und Geschäftsfähigkeit in weitem Maß auf alle Gruppen von Rechtshandlungen analog anwenden. In der neueren und neuesten Forschung sind auch heute in dieser Frage noch keine wesentlichen Fortschritte gemacht worden. Daran mag schuld sein, daß der Begriff der Rechtshandlungen noch keineswegs festen Fuß in der Rechtslehre gefaßt hat und daß die Wissenschaft sich im wesentlichen mit den wenigen Versuchen zur Lösung des Problems begnügt und im übrigen nur sehr allgemein Stellung zu dem Begriff der Rechtshandlungen genommen hat, vielfach ihn trotz seiner Wichtigkeit aber überhaupt nicht anerkannt hat.

Wie entstand nun der Begriff der Rechtshandlungen und der an sich künstliche Name?

1. Kapitel.

Begriff und Einteilung der Rechtshandlungen.

1. Abschnitt.

Der Begriff der Rechtshandlungen.

§ 1.

Die menschlichen Handlungen nehmen unter den Vorgängen, an welche die Rechtsordnung die Entstehung, die Veränderung und den Untergang von Rechten knüpft, die wichtigste Stelle ein. Soweit eine Rechtswirkung an ein durch den Willen bestimmtes äußeres Verhalten geknüpft ist, spricht die Rechtslehre von juristischen Handlungen. Sie sind Handlungen eines Rechtssubjekts, die rechtlich erheblich sind, insbesondere eine Rechtswirkung erzeugen und unter der Gesamtheit der juristischen Tatsachen das private und öffentliche Recht beherrschen. Innerhalb der Handlungen, soweit sie überhaupt rechtlich von Belang sind, lassen sich nach Zweck und Wirkung verschiedene Gruppen unterscheiden. Das menschliche Verhalten (Tun oder Unterlassen) kann einmal ein unerlaubtes, insbesondere Delikt, oder ein erlaubtes rechtsmäßiges sein. In den Motiven I, S. 126 ist man von einer alle Handlungen, an die sich Rechtswirkungen anschließen, auch z. B. die Delikte umfassenden Kategorie der Rechtshandlungen ausgegangen und hat hiervon die Rechtsgeschäfte herausgehoben, indem man sie im wesentlichen in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts[2] als eine Privatwillenserklärung kennzeichnet, „die auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist."

Neben den Rechtsgeschäften in der oben bezeichneten Bedetung kommen zahlreiche Handlungen vor, mit denen die Rechtsordnung Rechtswirkungen verknüpft ohne Rücksicht darauf, ob sie gewollt sind. Dahin gehören an sich auch die

[2] Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. I §§ 69ff; Regelsberger, Pand. I § 135; Dernburg, Pand. I §§ 106ff.

unerlaubten Handlungen. Für sie wurde in diesem weiteren Sinne der Ausdruck Rechtshandlungen im vorigen Jahrhundert regelmäßig gebraucht.[3] Da, wie im römischen Recht, eine Zweiteilung der juristischen Handlungen in Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen unbekannt war, begnügte sich auch die Pandektenlehre mit der Einteilung der schuldrechtlichen juristischen Handlungen in Kontrakte, Delikte, Quasi-Kontrakte und Quasi-Delikte, wozu sich dann noch die einseitigen Rechtsgeschäfte gesellten. Diese im einzelnen begrifflich unzureichend bestimmten und die dinglich wirkenden Handlungen ganz übersehenden Gruppen wurden unter dem Namen Rechtshandlungen zusammengefaßt. Auch in den älteren und neueren Reichsgesetzen wurde der Ausdruck Rechtshandlungen in diesem weiteren Sinne gebraucht, z. B. KO. §§ 7, 29—31, 33, 35; Anf.Ges. §§ 1, 3, 4, 6, 7 II. Je mehr sich indessen die Forschung gegen Ende des vorigen Jahrhunderts bemühte, die juristischen Handlungen entsprechend ihrer Rechtsnatur nach methodischen Grundsätzen zu ordnen, desto mehr zeigte sich, daß es neben den schon immer deutlich unterschiedenen Gruppen der Rechtsgeschäfte und der Delikte noch eine dritte Gruppe von juristischen Handlungen gab, die sich von jenen wesentlich unterschied und als Quasi-Kontrakte nur unvollkommen bezeichnet waren. In seiner kritischen Untersuchung der „Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB."[4] fand Zitelmann, daß es unter den bis dahin meist unterschiedslos mit dem Sammelnamen „Willenserklärung" bezeichneten Akten sog. Vorstellungsmitteilungen gebe, die sich den Normen der Willenserklärungen und der Rechtsgeschäfte nicht unterordneten. Während noch Kohler[5] alle erlaubten Handlungen unter den Begriff Rechtsgeschäfte zusammenfaßte, unterschied schon Regelsberger mit Deutlichkeit zwischen Rechtsgeschäften und geschäftsähnlichen Handlungen und hielt es schon für sprachlich schwerfallend „z. B. das Finden eines Schatzes, die Erzeugung eines wissenschaftlichen Werkes ein Rechtsgeschäft zu nennen".[6] Savigny[7] sprach von freien Handlungen, „welche auf nicht juristische Zwecke gerichtet sind, so daß die juristische Wirkung als untergeordnet im Bewußtsein zurücktritt". Weitere Unter-

[3] Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. a. a. O.
[4] S. 32 ff.
[5] In Iherings Jahrb., Bde. 16, S. 331 ff., 18, S. 133 ff.
[6] § 129 V.
[7] System d. heut. röm. Rechts, Bd. III, § 104, S. 6.

suchungen auf der Grundlage der neuen Kodifikation des bürgerlichen Rechts erwiesen die Notwendigkeit den Begriff des Rechtsgeschäftes, der vom Gesetzgeber nicht definiert war, zu umreißen und das Anwendungsgebiet der rechtsgeschäftlichen Normen abzugrenzen. Es ergab sich, daß jede dieser Normen wie ihre Gesamtheit auf ein wesentliches Merkmal des gesetzlichen Begriffs des Rechtsgeschäftes deutete, das heute in der Rechtsprechung und im Schrifttum als Kern des legalisierten Begriffs angesehen wird, nämlich auf den Erfolgswillen. Während die Pandektenlehre noch das Wesentliche im Tatbestand des Rechtsgeschäftes oft nur in der äußeren Erklärungshandlung erblickte, tritt jetzt das innere Willensmoment entscheidend in den Vordergrund. Daraus erwuchs als Folgerung, daß die Vorschriften des III. Abschnitts §§ 104 ff. BGB. als Ganzes nicht anwendbar sein konnten auf diese erlaubten juristischen Handlungen, deren Rechtswirkungen sich ohne Rücksicht auf ihr Gewolltsein ergeben. War auf der einen Seite beim Rechtsgeschäft für den Erfolg der Handlung der Wille des Handelnden ausschlaggebend, so trat jetzt bei den nicht rechtsgeschäftlich erlaubten Handlungen als entscheidendes Merkmal der Erfolg von Gesetzes wegen ein.

Aus dieser Erkenntnis heraus mußte sich ergeben, daß der Normenbereich der Rechtsgeschäfte nur ein begrenzter sei und ihre Anwendung nicht auf alle juristischen Handlungen zutreffen konnten. Die Wissenschaft begann zu unterscheiden zwischen Rechtsgeschäften im Sinne des Gesetzes und allen nicht ex voluntate, sondern ex lege wirkenden Handlungen. Das kam auch den Vorarbeiten zum BGB. zugute, wenn auch die bis dahin wissenschaftliche Ungeklärtheit des Gesamtproblems an einer normativen Ausgestaltung der verschiedenen Arten und Einzelheiten der juristischen Handlungen hinderte. Der erste Entwurf zum BGB. beschränkte sich daher darauf, der Wissenschaft die Grenzlegung zwischen den Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen sowie die Frage nach der rechtlichen Behandlung der Rechtshandlungen zu überlassen. Gleichwohl aber wurde der Begriff der Rechtshandlungen in die Motive übernommen, und diese wurden gekennzeichnet als Akte, „an die sich Rechtswirkungen anschließen, für deren Eintritt nach der Rechtsordnung gleichgültig ist, ob sie von dem Handelnden gewollt oder nicht gewollt sind."[8]

[8] Mot. I, S. 127.

§ 2.

Entsprechend der Definition der Motive hat sich für die von der Lehre aus dem Kreise der Rechtsgeschäfte als wesensverschieden ausgeschiedenen Handlungen der Ausdruck Rechtshandlungen eingebürgert. Diese Bezeichnung wird seither und wird heute in der Rechtslehre nur noch in dem engeren Sinne, nämlich unter Ausscheidung der unerlaubten und der prozeßrechtlichen Handlungen für diejenigen bürgerlichrechtlich erlaubten Handlungen verwendet, die nicht zur Rechtsgeschäftsgruppe gehören.

Rechtshandlungen im Rahmen dieser Untersuchung sollen demnach auch nur diejenigen juristischen Handlungen sein, deren Wirkungen auf Grund gesetzlich normierter Tatbestandsmerkmale ex lege und ohne Rücksicht auf einen entsprechenden Rechtsfolgewillen des Handelnden eintreten und sich somit streng von den Rechtsgeschäften scheiden.

§ 3.

I. Da nun die große Verschiedenheit der in der Rechtslehre unter dem Begriff Rechtshandlungen zusammengefaßten Handlungen eine einheitliche und allgemeine Regelung im Gesetz nicht erlaubt und dieses deshalb auch keine diesbezüglichen Rechtsnormen erlassen hat, so ist, bevor an eine Einzeluntersuchung der verschiedenen Rechtshandlungen gegangen werden kann, die Charakterisierung des Begriffes an sich notwendig.

Wie der Name ergibt, kann von einer Rechtshandlung nur dann die Rede sein, wenn eine Handlung eines Menschen vorliegt, an die sich Rechtsfolgen knüpfen. Nicht jede Handlung ist bereits darum eine Rechtshandlung, weil sie Rechtsfolgen zeitigt. Sind die Rechtsfolgen nicht an die Handlung selbst, sondern nur an ihre tatsächliche Wirkung geknüpft, unabhängig davon, ob sie infolge menschlichen Handelns eintreten, so liegt keine juristische Handlung, insbesondere keine Rechtshandlung vor, sondern es handelt sich um eine bloße Naturtatsache.[1] Die Vermischung und die Verbindung von beweglichen Sachen, die gemäß §§ 946, 947, 948, 951 II Rechtsfolgen zeitigen, brauchen nicht auf menschlicher Handlung zu beruhen, sondern können auch infolge von Naturereignissen eintreten.[2] Das Kriterium der menschlichen

[1] Vgl. Eltzbacher, Handlungsfähigkeit, S. 207.

[2] Vgl. Klein, Rechtshandl., S. 15; Manigk, Willenserkl., S. 653; Biermann, I. Bd., S. 117; Eltzbacher, S. 207; Enneccerus, I, 328, Anm. 1; Planck, vor § 104 ff.

Handlung ist ihnen nicht eigen, und diese Tatsachen sind nicht juristische Handlungen, nicht Rechtshandlungen. Die legalen Wirkungen dieser Tatbestände treten „nach anderen Prinzipien, die vom Begriff der Sache abgeleitet sind, ein“[3] und stellen sich völlig unabhängig von menschlichem Verhalten dar. Ebenso sind die Anlandungen, Entstehung von Inseln, das verlassene Flußbett[4] nur reine Naturtatsachen und eine menschliche Handlung kommt bei ihnen überhaupt nicht in Betracht. Auch das Vermieten einer eigenen Sache, die Trennung gem. BGB. §§ 953—957, die Entfernung von Sachen von einem Grundstück §§ 560, 561, 581, 1121, 1122 I, 1135 BGB. können nicht nur durch menschliches Handeln, sondern auch durch tatsächliche Vorgänge in der Natur bewirkt werden und sind darum, wo sie Rechtsfolgen erzeugen, nicht Rechtshandlungen.

Eine umstrittene Frage ist, ob der Besitzerwerb und -verlust Naturtatsachen sein können. Nach § 854 I BGB. wird der Besitz durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache erworben. Nach § 856 I BGB. wird der Besitz dadurch beendigt, daß der Besitzer die tatsächliche Gewalt aufgibt oder in anderer Weise verliert. Das Gesetz enthält somit keine Vorschrift, ob er durch menschliche Handlung erlangt sein muß oder auch durch ein Naturereignis eintreten kann. Auszugehen ist bei dieser Frage von dem Begriff der tatsächlichen Gewalt, der im Gesetz nicht bestimmt ist, der aber nach der herrschenden Lehre dahin ausgelegt wird, daß als tatsächliche Gewalt anzusehen ist, was nach dem gemeinsamen Bewußtsein als solche erscheint.[5] Was hierzu nötig ist, entscheidet die Lebensanschauung. Beispiele zeigen, daß jemand, um Sachgewalt begründen zu können, sich zunächst der Erlangung der Sache bewußt sein muß, ehe er überhaupt den Willen haben kann, sie zu begründen. Ein Bewußtloser oder Schlafender kann an einer ihm zugesteckten Sache keinen Besitz erwerben, wenn er von der Tatsache der Erlangung der Sache nichts weiß. Mit dem Bewußtsein der Erlangung der Sache muß sich aber automatisch auch ein innerer Vorgang verbinden, der dieses Bewußtsein verarbeitet und dann zu irgendwelchen inneren Entscheidungen bezüglich der Sache kommt. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt verlangt also ein Zweifaches: einerseits das rein

[3] Manigk, S. 653.
[4] Manigk, S. 653.
[5] Vgl. Staudinger zu § 854/1; Gierke, Sachenrecht, § 115, III.

äußerliche Erlangen einer Sache und andererseits eine innere Stellungnahme hierzu.

Daß nun das Erlangen einer Sache auf einem Naturereignis beruhen kann und nicht durch menschliche Handlung bewirkt sein muß, bedarf keiner Erörterung. Man denke nur an Beispiele wie: ein Meteorstein fällt in meinen Garten usw. Aber auch die innere Stellungnahme zu dem äußeren Vorgang des Vorhandenseins einer Sache und ihr Produkt: der Besitzwille sind keine Handlungen, sondern sind nur rein seelische Vorgänge, die keinerlei äußeres Verhalten zu ihrer Bekräftigung erfordern. Man kann sie nicht etwa deswegen als Handlungen betrachten, weil ihnen der Wille, ein äußeres Machtverhältnis zu begründen oder zu beendigen, innewohnt. „Eine Handlung ist nicht schon durch den zu ihr gehörigen Handlungswillen Äußerung, sondern erst dadurch, daß sie außerdem für irgend eine seelische Tatsache zum Zeichen dient und dienen soll."[6]

Wenn nun bei der Untersuchung der Frage, ob der Besitzerwerb und Verlust Naturtatsachen sein können, Endemann[7] und Gareis[8] die Auffassung vertreten, die Erlangung und der Verlust der tatsächlichen Gewalt könnten nie Naturtatsachen, sondern müßten immer Handlung sein, weil der Begriff der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache immer den Willen, die Gewalt auszuüben, erfordere, so ist richtig an dieser Auffassung — und das ist auch die Ansicht der herrschenden Lehre —, daß zur Erlangung der tatsächlichen Gewalt Besitzwille notwendig sei. Dem übrigen halte ich jedoch aus dem vorher Gesagten entgegen, daß der auf Grund eines inneren Vorganges gezeugte Besitzwille durchaus keine Handlung ist. Wille und Handlung sind nicht dasselbe. „Wenn wir jenen fordern, brauchen wir die letztere hier noch nicht zu fordern."[9]

Zusammenfassend ist deshalb zu sagen, daß der Besitz einer Sache, die ohne menschliches Zutun in die tatsächliche Gewalt eines Menschen gelangt (d. h. er hat Kenntnis von ihrem Vorhandensein genommen und diese Kenntnis innerlich zum Entschluß, die Sache besitzen zu wollen, verarbeitet), durch Naturtatsache und nicht durch menschliche Handlung erlangt ist. Der Besitzerwerb kann demnach auch Natur-

[6] Eltzbacher, S. 215.
[7] Bürgerliches Recht, Bd. II, S. 152—153.
[8] Allg. Teil, S. 106.
[9] Manigk, S. 655.

tatsache sein, und scheidet insoweit aus unserer Untersuchung aus. Gleiches gilt für den Besitzverlust.

II. Aber auch dort, wo die Rechtsprechung eine Wirkung lediglich an eine dem Menschen eigene körperliche oder seelische Tatsache knüpft, kann es fraglich sein, ob sie als Handlung oder als körperliche Tatsache Rechtsfolgen nach sich zieht. Oft treten diese infolge von rein äußeren Zuständen und Vorgängen an einem Menschen ein, ohne Rücksicht darauf, ob sie in seelischen Zuständen und Vorgängen ihren Grund haben, ob sie gewollt oder zufällig verursacht sind. In vielen Fällen kann kein Zweifel darüber bestehen, daß sich die Rechtsfolgen ausschließlich nur an das Vorliegen einer rein körperlichen Tatsache knüpfen. So z. B. bei der Geburt, dem Tod, der Erreichung einer gewissen Altersstufe, dem Kranksein eines Menschen usw. Zweifeln kann man aber, ob bei den Tatbeständen des Aufenthaltes an einem Ort, BGB. §§ 132, 261, 772, 1320, 1944, 1954, der Abwesenheit §§ 1379, 1401, 1447, 1450. 1911, der Niederlassung an einem Ort und deren Aufhebung § 7, der Gegenwart von Zeugen bei Errichtung eines Testaments § 2239, der Zugehörigkeit zu einem Hausstand §§ 1617, 1969, oder der häuslichen Gemeinschaft § 2028, des Zusammenlebens der Ehegatten § 1324, der geschlechtlichen Beiwohnung §§ 1591, 1717, 1300 das Gesetz hier die Rechtsfolgen nur an das Vorliegen der rein körperlichen Tatsache des Anwesendseins eines Menschen oder an eine menschliche Handlung knüpft.

Die Frage, ob die Gegenwart von Zeugen im Falle des § 2239 nur körperliche Tatsache ist, wird man verneinen müssen; denn das Gesetz verlangt in § 2233, daß die Zeugen zugezogen sein müssen, d. h. sie müssen zur Mitwirkung aufgefordert sein und die Aufforderung befolgt haben. Sie müssen gewillt sein, die Vorgänge des Rechtsgeschäftes wahrzunehmen und das durch ihre Unterschrift beurkunden. Das Gesetz spricht ausdrücklich in § 2239 vom Mitwirken, also vom Handeln der Zeugen. Die Rechtswirkung knüpft sich also hier nicht an die rein äußere Tatsache des Anwesendseins, sondern an eine Handlung der Zeugen. Dagegen ist bei der Zugehörigkeit zu einem Hausstand oder zur häuslichen Gemeinschaft (vgl. oben) lediglich die äußere Tatsache des Beieinanderlebens rechtswirksam. Der Wille der Beieinanderlebenden oder eine sonstige seelische Tatsache ist für die Rechtsfolgewirkung unerheblich. Anders verhält es sich dagegen bei dem Zusammenleben der Ehegatten. Hier will das

Gesetz dem ernsten Willen der Ehegatten zur Aufrechterhaltung der Ehe Rechnung tragen, der sich in dem langen Zusammenleben zeigt. Doch nur ein gewolltes Zusammenleben, nicht bloß das äußere Zusammensein der Ehegatten kann die Folgen des § 1324 hervorrufen. Deshalb liegt hier eine Handlung vor.[10] Auch bei der ständigen Niederlassung an einem Ort und ihrer Aufhebung genügt die reine äußere Tatsache des körperlichen Anwesendseins oder des sich von ihm Entfernens nicht zur Wohnsitzbegründung und -aufhebung, sondern es ist noch der Wille, sich ständig niederzulassen oder sich zu entfernen erforderlich; daher sind dieselben nach herrschender Meinung Handlungen.[11] Dagegen kommt es bei dem Aufenthalt im Ausland §§ 1944, 1954 sowie bei der Abwesenheit §§ 1379, 1401, 1447 auf seelische Tatsachen des im Ausland weilenden oder des abwesenden Ehegatten nicht an. In diesen Fällen wirkt die bloße Naturtatsache der Abwesenheit, die einmal dem im Ausland weilenden Erben eine längere Frist zur Ausschlagung sowie zur Anfechtung der Ausschlagung oder Annahme einer Erbschaft gewährt um den aus der räumlichen Entfernung erwachsenden Schwierigkeiten Rechnung zu tragen, und auf der anderen Seite dem Ehegatten gestattet bei der Abwesenheit des anderen Ehegatten ohne Zustimmung desselben über eheliches Gut zu verfügen, um einen Stillstand der ehelichen Güterverwaltung zu verhindern. Auch die geschlechtliche Beiwohnung, die dann sicherlich eine Handlung ist, wenn sie sich als Delikt oder rechtlich mißbilligte Handlung darstellt,[12] ist es dann nicht, wenn das Gesetz die Rechtsfolgen nicht an den Akt der Beiwohnung als körperlich seelischen Ganzen,[13] sondern an den Naturvorgang der Befruchtung, der durch die Beiwohnung hervorgerufen ist, knüpft, so im Falle der §§ 1591, 1717, 1300.

Im Rahmen dieser Untersuchung kann man weiter im einzelnen die Frage aufwerfen, wann eine juristische Tatsache nur inneres Verhalten ist. Doch erscheint dies in diesem Rahmen überflüssig, da im allgemeinen kaum Zweifel auftreten können, ob eine Tatsache nur inneres Verhalten eines Menschen oder eine Handlung desselben ist.

---

[10] Vgl. Eltzbacher, S. 227.
[11] Vgl. Eltzbacher, S. 229.
[12] Vgl. Klein, S. 14.
[13] Vgl. Eltzbacher, S. 229.

§ 4.

Während nun bei den Rechtsgeschäften ein Fehlen des Rechtsfolgewillens trotz abweichenden äußeren Verhaltens in der Erklärung des Willens gem. §§ 116 ff. BGB. zur Nichtigkeit oder Anfechtung der Erklärung führt, treten die Wirkungen bei den Rechtshandlungen auch dann ein, wenn sie der Handelnde nicht wollte oder etwas anderes bezweckte. Ein Irrtum seinerseits über die Legalwirkung ist unbeachtlich und er kann sie nicht abändern noch anfechten, noch sonst aus der Welt schaffen, es sei denn, daß er im konkreten Fall ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt hat, wie z. B. bei der Wohnsitzbegründung das Fehlen der ständigen Niederlassung.[1] Aber auch dann, wenn der Handelnde gerade die rechtliche Wirkung des von ihm verwirklichten Tatbestandes in concreto erstrebt und diesen seinen Willen z. B. bei der Zustimmung zum Ehebruch des andern Ehegatten äußert (§ 1565 II BGB.), ändert sich die Rechtswirkung seines Tuns nicht, insbesondere wird die Rechtshandlung nicht zu einem Rechtsgeschäft. Denn würde man die rechtsgeschäftlichen Vorschriften hier anwenden wollen, dann müßte die Erklärung gem. § 138 BGB. nichtig sein, wodurch der vom Gesetzgeber in § 1565 II verfolgte Zweck des Scheidungsverbotes vereitelt würde. Auch das Beispiel, daß ein geschäftsunfähiger Spezifikant, der seinen Spezifikationswillen erklärt, kein Eigentum gem. § 104 ff. an der neuen Sache erwerben könnte, spricht für die Unmöglichkeit einer Verwandlung von Rechtshandlung in Rechtsgeschäft.

Da bei den Rechtshandlungen der Erfolg ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden rein ex lege eintritt, ist eine anloge Anwendung der §§ 134, 138 BGB. begrifflich ausgeschlossen; denn daß eine Handlung, deren Erfolg rein von Gesetzes wegen eintritt, gleichzeitig gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen soll, ist unmöglich. „Denn es steht von vornherein unangreifbar fest, daß diese Handlung eben weil das Gesetz sie als Rechtshandlung ausgestaltet hat, weil es so besondere gesetzgeberische Zwecke ein für allemal vollständig sichern wollte, jedenfalls unter keinen Umständen wegen Moralwidrigkeit nichtig sein soll.“[2] Eine solche Anwendung würde, wie das obige Beispiel zeigt, die unmöglichsten Ergebnisse hervorrufen.

[1] Vgl. Klein, S. 22.
[2] Klein, S. 22.

2. Abschnitt.

Einteilung der Rechtshandlungen.

§ 1.

Wenn auch die Motive mit der Begriffsbestimmung der Rechtshandlungen bei den Vorarbeiten zum BGB. die neue Lehre würdigten und anerkannten, daß es neben den Rechtsgeschäften und den Delikten noch eine dritte Gattung von bis dahin unbekannten juristischen Handlungen gebe, so haben sie, und später auch das Gesetz, von einer Regelung der Rechtshandlungen und insbesondere von für diese passenden Vorschriften abgesehen und vielmehr die Feststellung derselben und ihrer Anwendung der Wissenschaft überlassen. Auch für die Anwendbarkeit der Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung war hiermit nichts gesagt und die diesbezügliche Untersuchung blieb der Lehre vorbehalten.

Da eine Einzeluntersuchung dieser Fragen bei der Häufigkeit der Rechtshandlungen unmöglich wäre, ist Voraussetzung zunächst eine Einteilung derselben in verschiedene Gruppen. Die Lehre ist dabei schon in vielen Versuchen vorausgeschritten.

Eine große Anzahl von Schriftstellern hat dabei den Oberbegriff der Rechtshandlungen im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften beibehalten in der Erkenntnis, daß für alle, die unter diesem Begriff zusammengefaßten Handlungen der, wenn auch wenig aufschlußreiche, Satz gelte, daß im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften bei den Rechtshandlungen der Erfolg ex lege eintrete.[1] Als einer der ersten hat Eltzbacher[2] ein System der Rechtshandlungen aufgestellt, wobei er die Willenserklärungen vom sog. „unmaßgeblichen Verhalten" scheidet und die den Willenserklärungen am nächsten stehenden Handlungen unmaßgeblichen Verhaltens „unmaßgebliche private Willensäußerungen" nannte.[3] Unter diese zählte er solche nichtamtlichen Willensäußerungen, „an die sich nicht eine als gewollt erklärte, sondern eine beliebige Rechts-

[1] Wenn vielfach in der früheren Literatur, s. Eltzbacher, S. 158, 159, Streit über den Gebrauch des Kunstausdruckes Rechtshandlungen herrschte, so hat sich heute dieser Name in der Literatur so fest eingebürgert, daß es sich erübrigt, auf diesen Streitpunkt näher einzugehen.

[2] S. 161.

[3] S. 177.

folge knüpft". Als zweite Gruppe führt er an die den Willenserklärungen schon entfernter verwandten „privaten Gefühls- und Vorstellungsäußerungen", also diejenigen nicht amtlichen Äußerungen, „in denen überhaupt kein Wollen, sondern ein Fühlen oder Vorstellen zum Ausdruck kommt".[4] Als dritte Gruppe folgen bei ihm die „Handlungen ohne Äußerungsgehalt", die sich auf eine bestimmte oder keine bestimmte Sache beziehen.[5] Er unterscheidet dann noch als vierte Gruppe „das Privatverhalten rein seelischer Art"[6] und als letzte „das amtliche Verhalten".[7]

Ein anderes System hat Manigk in seiner grundlegenden Untersuchung für die Rechtshandlungen aufgestellt. Er gebraucht den Ausdruck Rechtshandlungen und unterscheidet[8] zunächst „rein äußere Handlungen" als Handlungen, „die nächst ihrer Qualität als Handlungen lediglich mit Rücksicht auf den äußeren von ihnen geschaffenen Erfolg mit Rechtswirksamkeit bekleidet werden".[9] Als nächste Gruppe benennt nennt er die „mit besonderen inneren Tatsachen verknüpften Handlungen und zwar a) „Fälle, in denen neben der rein äußeren gesetzlich fixierten Handlung selbständig eine innere Tatsache verlangt wird (Wohnsitzbegründung und Geschäftsführung o. A.); b) Handlungen, die sich lediglich als Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden erheblichen inneren Tatsache (Gesinnung, Überzeugung, Wollen) darstellen, bei denen also gesetzlich der Handlungsakt nicht fixiert wird (Verzeihung, Zustimmung im Falle von § 1565, Anerkennung der unehelichen Vaterschaft)". Als letzte Gruppe unterscheidet er die Mitteilungen a) „von Vorstellungen, Urteilen oder Überzeugungen (Vorstellungsmitteilungen)", b) „von einem Wollen (Willensmitteilungen)". Dieser Einteilung folgte Klein im wesentlichen.[10]

Ist diesen Schriftstellern gemeinsam, daß sie, wenn auch unter verschiedenen Namen, an dem Oberbegriff der Rechtshandlungen festhalten und die einzelnen Gruppen diesem Oberbegriff unterstellen, so gibt es doch eine Reihe von Autoren, die von anderen Voraussetzungen bei ihrer Einteilung ausgegangen sind. Sie halten an der Prinzipaleinteilung der

[4] A.a.O., S. 196.
[5] A.a.O., S. 206ff.
[6] A.a.O., S. 231ff.
[7] A.a.O., S. 248ff.
[8] A.a.O., S. 652ff.
[9] A.a.O., S. 663.
[10] A.a.O., S. 26.

juristischen Handlungen in Delikte und rechtmäßige Handlungen fest und erkennen einen Oberbegriff der Rechtshandlungen nicht an, sondern ordnen die von ihnen aufgestellten Gruppen den Rechtsgeschäften als einer rechtmäßigen Handlung bei. So unterscheidet Biermann fünf Gruppen von rechtmäßigen Handlungen.[11] An erster Stelle stehen bei ihm die Willenserklärungen, dann folgen die „Willensäußerungen ohne Rechtsgeschäftscharakter", die „Vorstellungsmitteilungen", die „Gefühlsäußerungen" (Verzeihung) und als letzte Gruppe die „Tathandlung". Noch weiter holt Enneccerus[12] aus. Er geht von dem obersten Begriff der juristischen Handlungen aus und teilt dieselben in „Willenserklärungen", in „Rechtshandlungen oder geschäftsähnliche Handlungen", d. h. solche erlaubten „Äußerungen eines geistigen Vorganges eines Willens oder einer Vorstellung, welche Rechtswirkungen, auch ohne darauf gerichtet zu sein, hervorbringen", ferner in „Realakte", die „weder eine Äußerung eines Willens noch einer Vorstellung" erfordern, „vielmehr nur die Bewirkung eines tatsächlichen dem Gebiete des Rechts nicht angehörigen Erfolges", der aber nach den Vorschriften der Rechtsordnung eine Rechtswirkung hervorruft, ferner in unerlaubte Handlungen und endlich in „schuldlose, zum Ersatz verpflichtende Handlungen" ein. Dieser Einteilung ist Lehmann[13] im allgemeinen gefolgt. Er spricht von Willens- und Vorstellungsäußerungen im Gegensatz zu den Tathandlungen. Von Tuhr[14] hat eine ähnliche Unterteilung der Rechtshandlungen gemacht, nur daß er „Rechtshandlungen im engeren Sinn" alle die zahlreichen und im Rechtsleben wichtigen Willensäußerungen nennt, die die Verwirklichung oder Wahrung eines Rechts durch Einwirken auf das Verhalten des Gegners bezwecken. Im Gegensatz dazu stehen auch bei ihm die Tathandlungen, deren Rechtswirkung nur dann eintritt, wenn der gewollte tatsächliche Erfolg hervorgerufen ist. Dann folgen noch bei ihm die Gruppen der Vorstellungs- und Gefühlsäußerungen.

§ 2.

Bei Beurteilung dieses verschiedenen Vorgehens in der Rechtslehre wird man zweckmäßig doch zu dem Ergebnis

[11] Allg. Teil, S. 114ff.
[12] Allg. Teil, § 128, S. 330ff.
[13] Allg. Teil, § 20 V.
[14] Allg. Teil, § 48 II 1c.

kommen, an dem Oberbegriff der Rechtshandlungen festzuhalten. Wohl ist es richtig, wenn Enneccerus[1] sagt, daß der Begriff Rechtshandlung „so Verschiedenes (Mahnen, Komponieren, eine fremde Sache vernichten, um größeren Schaden abzuwenden) und vom Recht so durchgreifend verschieden Behandeltes umfassen würde". Dem ist aber zunächst entgegenzuhalten, daß es durchaus nicht immer angeht, eine Gruppe von Tatbeständen methodisch nur dann zusammenzufassen, wenn diese einer vollständig einheitlichen rechtlichen Behandlung unterliegen. Manigk[2] verweist mit Recht darauf, daß auch sonst im weiten Gebiete des Rechts durchaus verschiedene Tatbestände unter einem Sammelbegriff zusammengefaßt seien. Er weist dabei hin auf den Begriff der juristischen Person, der auch „durchaus nicht eine einheitliche juristische Behandlung aller species derselben gewährleistet. Die Vereine werden vielmehr anders behandelt als die Stiftungen und die Anstalten usw. Regelmäßig ergibt sich infolgedessen aus der systematisch gerechtfertigten Zusammenfassung oberer Gruppen auch der eine oder andere Rechtssatz, dem sie zu unterstellen sind." Nicht richtig ist es ferner anzunehmen, daß es nur ein negatives Moment sei, das diese Gruppe zusammenschließe.[3] Während es dem Begriff des Rechtsgeschäftes wesentlich ist, daß seine Wirkungen gewollt eintreten, ist gemäß der herrschenden Definition für den Begriff der Rechtshandlungen das ausschlaggebende Merkmal, daß ihre Wirkungen ex lege eintreten. Wollte man mit Enneccerus und den anderen Schriftstellern dieser Richtung die juristischen Handlungen in Willenserklärungen, Rechtshandlungen und unerlaubte Handlungen einteilen, so ginge der Gegensatz der Rechtshandlungen zu den Rechtsgeschäften verloren. „Denn erst eine scharfe und geschlossene Gegenüberstellung der Gruppe der Rechtshandlungen hat das früher oft verkannte Wesen der Rechtshandlungen ergeben."[4] Abzulehnen ist ferner an der Gruppierung von Enneccerus die Trennung der von ihm sog. schuldlosen zu Ersatz verpflichtenden Handlungen, da diese ihrer rechtlichen Natur nach zu den Realakten zu rechnen sind.[5] Ferner

[1] Allg. Teil, § 128 III.
[2] Manigk in Stier-Somlo, Handwörterbuch, S. 65ff.
[3] Enneccerus, a.a.O.
[4] Manigk bei Stier-Somlo, a.a.O.
[5] So Klein, a.a.O., S. 41; Planck, Vorb. I 2b zu III. Abschn.; Biermann, § 38, S. 116—117; v. Thur, § 48 II 1c.

ist von einer Teilung der Gefühlsäußerungen[6] in eine Gruppe für sich abzusehen, da sich diese Spezialisierung für die rechtliche Gruppierung der Rechtshandlungen als unzweckmäßig erweist.[7] Im übrigen wird davon auszugehen sein, alle die Rechtshandlungen in Gruppen zusammenzufassen, die eine möglichst einheitliche Regelung bezüglich der Anwend barkeit der rechtsgeschäftlichen Normen zulassen.[8] Man wird sich dabei im wesentlichen auf die grundlegenden Erörterungen Manigks[9] stützen können und zunächst aus dem weiten Gebiet der Rechtshandlungen zweckmäßig alle die Handlungen, die Äußerung eines geistigen Vorgangs sind, ausscheiden und in einer Gruppe zusammenfassen. Unterliegen sie doch größtenteils einer einheitlichen rechtlichen Regelung. Manigk folgend sollen sie auch hier „Mitteilungen" heißen und in die Untergruppen „Vorstellungs- und Willensmitteilungen" zerfallen. Unzweifelhaft steht dieser Gruppe die Vielzahl der Rechtshandlungen gegenüber, bei denen es auf einen geistigen Vorgang nicht ankommt, die vielmehr nur die Bewirkung eines tatsächlichen, in der Außenwelt geschaffenen Erfolges fordern, der nach dem Gesetz Rechtsfolgen hervorruft. Das ist die große Gruppe der „Realakte".[10,11] Eine Zwitterstellung zwischen diesen Gruppen nehmen die Handlungen ein, die sowohl einen rein äußeren tatsächlichen Erfolg erfordern, zu dem aber noch ein geistiger Vorgang hinzutreten muß. Das sind die „Rechtshandlungen mit erheblichen inneren Tatsachen" oder die gemischten Realakte. Zu ihnen gehören: die Wohnsitzbegründung und -aufgabe § 7 ff., die Geschäftsführung ohne Auftrag § 677 ff., die Besitzerwerbs- und -aufgabehandlungen gem. §§ 854 I u. II, 856, der Erwerb des Eigenbesitzes § 872 und die Aneignung § 958 I BGB. Als letzte Gruppe erscheinen diejenigen Rechtshandlungen, für deren rechtliche Natur zwar auch ein innerer Vorgang erheblich ist, bei denen aber derselbe gegenüber dem Gewicht sittlicher und rein menschlicher Bestimmungs-

---

[6] So Eltzbacher, a.a.O., S. 197—199 und Biermann, § 38d.

[7] Vgl. später.

[8] Eine durchaus exakte Einteilung läßt sich natürlich bei der Vielgestaltigkeit der einzelnen Handlungen nicht erzielen.

[9] A.a.O., S. 651, 652.

[10] Oder „rein äußere Handlungen". Das Wort Tathandlungen soll, wenn es auch deutsch ist, wegen des darin liegenden Pleonasmus vermieden werden.

[11] Sie sind zu zahlreich um einzeln angeführt zu werden. Im übrigen siehe später.

gründe weit zurücktritt. Diese Handlungen fallen weder unter die Mitteilungen noch unter die gemischten Realakte. Sie bilden in Bezug auf die Anwendbarkeit rechtsgeschäftlicher Vorschriften eine eigene Gruppe und sind als „Rechtshandlungen mit sittlichem oder höchst persönlichem Charakter" zu bezeichnen. Zu ihnen gehören: die Verzeihung gem. §§ 532, 1570, 2337, 2343, die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gem. §§ 1576, 1587, das Miteinanderleben der Ehegatten gem. § 1324 II Satz 1, die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft gem. §§ 1718, 1720 II, 1725, die Zustimmung zum Ehebruch gem. § 1565 II und der Rücktritt vom Verlöbnis gem. § 1298 BGB.

2. Kapitel.

Wesen und rechtliche Behandlung der Rechtshandlungen.

1. Abschnitt.

Die Mitteilungen.

§ 1. Die Willensmitteilungen.

Eine große Gruppe der Rechtshandlungen bilden die Mitteilungen, die in Willens- und Vorstellungsmitteilungen zerfallen.

Die Willensmitteilungen sind „Kundgebungen, deren Gegenstand und Inhalt ein Wollen ist. Dieses Wollen richtet sich nicht auf einen Rechtserfolg, sondern lediglich auf ein äußeres Geschehnis. Die Willensmitteilungen beziehen sich der Natur des Wollens entsprechend stets auf ein in der Zukunft erstrebtes Faktum: die Aufforderung will, daß ihr durch den Adressaten entsprochen werde, die Mahnung will, daß der Adressat leiste."[1] Gewollt ist bei den Willensmitteilungen die Erzeugung eines psychischen Effektes in dem Gegner, auf dessen äußeres Verhalten dadurch in irgend einer Weise eingewirkt werden soll. Das Gesetz läßt seine Wirkungen hier mit Rücksicht auf den bei dem Gegner der Willensmitteilung durch diese erzeugten Vorstellungseffekt eintreten: der Gemahnte kommt bei Nichtleistung in Verzug. Die Wirkung des Verzugs ist aber nicht eine rechtsgeschäftliche, weil sie nicht gewollt zu sein braucht. Selbst gegen den ausgesprochenen Willen des Gläubigers kann der Schuldner in Verzug geraten, wenn die legalen Voraussetzungen gemäß § 284 eingetreten sind. Die Willensmitteilungen sind also Rechtshandlungen, weil bei ihnen die Rechtsfolgen nicht gewollt, sondern ex lege eintreten.

---

[1] Manigk, a.a.O., S. 725.

Zu diesen gehören alle die zahlreichen und im Rechtsleben wichtigen Äußerungen des Willens, die die Verwirklichung oder Wahrung eines Rechts durch Einwirkung auf das Verhalten des Gegners bezwecken. So z. B. die Aufforderungen, die vom Gegner ein Tun oder Unterlassen fordern, die Androhungen gem. §§ 303, 384, die Anzeigen gem. §§ 665 Satz 2, 692 Satz 2, 777.[2]

Diese Willenserklärungen sind, wenn auch nicht Rechtsgeschäfte, so doch diesen nahe verwandt; denn sie sind gleichfalls Äußerungen eines geistigen Vorganges, nämlich des Willens, führen wie jene Rechtswirkungen herbei und werden gewöhnlich in dem Bewußtsein dieser Rechtsfolgen und oft in der Absicht, sie hervorzurufen, vorgenommen. Es ist daher in vielen Fällen die Grenze zwischen diesen „geschäftsähnlichen Handlungen“[3] und den Rechtsgeschäften sehr unsicher und es läßt sich oft streiten, ob im Inhalt eines Rechtsgeschäftes so viel rechtsgeschäftliche Elemente enthalten sind, daß die Erklärung als auf einen Rechtserfolg gerichtet und als Rechtsgeschäft angesehen werden kann.

Umstritten ist die Rechtsnatur der Mahnung. Viele Autoren[4] halten sie für ein Rechtsgeschäft; aber diese Meinung ist irrig. Sollte es sich bei der Mahnung um Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens handeln, so müßte mit der Abgebung der Erklärung gleichsam die Leistung als Erfolg gelten. Denn eine Handlung ist nur dann Rechtsgeschäft, wenn durch den Willen des Handelnden die Rechtswirkung eintritt. Bei der Mahnung hingegen tritt die Verzugswirkung, ganz gleich, ob sie gewollt oder ungewollt ist, mit der Abgabe ex lege ein; regelmäßig wird ja auch nicht sie, sondern die Leistung des Schuldners gewollt sein.

Aus demselben Grund ist auch das Angebot durch den Schuldner an den Gläubiger gem. § 295 und die damit hervorgerufene Verzugswirkung keine Willenserklärung. Die Wirkungen dieser Erklärung erschöpft sich in dem psychischen

---

[2] Vgl. im übrigen Klein, a.a.O., S. 163.

[3] Enneccerus, I, § 128 III 2a.

[4] Staudinger, § 284 A II 1a; Gierke, Das Privatrecht. S. 284; Dernburg, Bgl.R., Bd. I, S. 332; Traeb. in J.W. 1912, S. 776; Planck, § 284, Bem. 4a; zweifelnd Oertmann, § 284, Bem. 2a; anderer Ansicht Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 141, Eltzbacher, a.a.O., S. 192. Rosenberg, a.a.O., S. 53, Klein. a.a.O.. S. 163. Hölder, Pand., S. 210.

Effekt beim Schuldner und die Rechtsfolge tritt ohne Rücksicht auf ein Wollen des Gläubigers ex lege ein.[5]

Das tatsächliche Angebot § 294 ist nach Planck[6] entgegen Rosenberg[7] mit Staudinger[8] als Rechtshandlung anzusehen. Es kann eine Willenserklärung enthalten, die als solche erst mit dem Zugang wirksam wird, z. B. den Antrag zur Übereignung der angebotenen Sache, aber es enthält sie nicht notwendig. Das Angebot ist eine empfangsbedürftige Rechtshandlung.

Die Aufforderungen gem. §§ 108 II, 177 II sind nach Staudinger[9] und Oertmann[10] einseitige formfreie empfangsbedürftige Willenserklärungen. Jedoch nicht zu Recht. Die Aufforderung ist nicht auf Hervorbringung des Rechtserfolges gerichtet, den die Aufforderung hervorbringt. Die Wirkungen treten vielmehr ex lege ein; sie sind somit Rechtshandlungen.

Nach Staudinger[11] ist die Anzeige eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Jedoch treten auch hier die Rechtsfolgen ex lege ein.[12]

Die Ausführungen Staudingers,[13] die Erklärung der Ablehnung der Leistung durch den Gläubiger sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung, sind als unrichtig abzulehnen. Ist doch die Erklärung des andern Teils, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne, nicht auf Hervorbringung des Erfolges gerichtet, den sie gem. § 326 I Satz 2 erzielt.

Bei dem Erbieten zur Wandelung gem. § 466 Satz 1 handelt es sich um die Offerte zu einem Wandlungsvertrag, also um ein Rechtsgeschäft. Ganz anders ist die Lage in § 663. Hier erschöpft sich die Wirkung der Erklärung des sich öffentlich bzw. dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte Erbietenden in der Erzeugung eines inneren Vorgangs beim Erklärungsempfänger. In der Erreichung die-

---

[5] Planck, § 295, Bem. 3; Breit, S. 230; Eltzbacher, S. 178 ff.; anderer Ansicht Staudinger, § 295, Bem. 2a und RRGKomm., § 295, Bem. 1.
[6] § 294, Bem. 2.
[7] A. a. O., S. 157.
[8] § 294, Bem. 3.
[9] § 109, Bem. 4.
[10] § 108, Bem. 4.
[11] § 177, Bem. 2f.; ebenso Planck, § 777, Bem. 4b; Oertmann, § 777, Bem. 1a.
[12] So Manigk, S. 725; Klein, Arch. f. B. R., Bd. 33, S. 251.
[13] § 326 B I 2b.

ses tatsächlichen Effektes erschöpft sich die ganze von dem sich Erbietenden angestrebte Wirkung dieser Willensmitteilung. Die einseitige Rechtsfolge des sich Erbietens für den sich Erbietenden und die Verpflichtung im Falle der Nichtannahme des Auftrags dem Auftraggeber die Ablehnung unverzüglich anzuzeigen, tritt vollständig unabhängig vom Willen des sich Erbietenden ex lege ein.

Staudinger[14] hält die Aufforderung zur Erklärung gemäß § 1347 II für ein einseitiges Rechtsgeschäft. Hiergegen wendet sich mit Recht Klein,[15] indem er ausführt: „Die Aufforderung besagt nur, der andere Ehegatte wolle eine Erklärung des Berechtigten darüber, ob er von dem Recht Gebrauch mache. Die Rechtsfolgen des § 1347 II Satz 2 treten ex lege ein."

Nicht richtig ist es ferner, wenn Staudinger die Aufforderung aus § 1571 II für ein Rechtsgeschäft hält. Denn dieselbe ist in der Tat Willensmitteilung des anderen Ehegatten an den Berechtigten des Inhalts, daß er zur Herstellung der häuslichen Gemeinschaft geneigt sei oder gewillt sei, die Scheidungsklage zu erheben. Auch hier treten die Wirkungen ex lege ein.

§ 2. Die Vorstellungsmitteilungen.

Von den Willensmitteilungen zu unterscheiden sind die Vorstellungsmitteilungen, die nicht einen auf einen Rechtserfolg gerichteten Willen zum Ausdruck bringen, sondern aus denen hervorgeht, daß der Handelnde eine Vorstellung von einer Tatsache hat. Diese Rechtshandlungen wirken nicht um eines äußeren tatsächlichen Erfolges wegen, sondern wegen eines inneren geistigen Vorganges, nämlich der durch die Mitteilung geschaffenen Einwirkung auf die Vorstellungswelt des Empfängers. Sie erfordern deshalb den Willen des Mitteilenden zu erklären und die Erklärung selbst. Er muß im Empfänger seiner Erklärung eine bestimmte Vorstellung über einen Vorgang erwecken, sei es nun, daß z. B. gemäß § 571 II der Mieter Kenntnis von dem Übergang des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters erlangt, oder sei es, daß der Gläubiger dem Schuldner anzeigt, er habe die Forderung an eine bestimmte Person abgetreten (§ 409). Immer ist der Akt der Erklärung Tatbestandserfordernis.

---

[14] § 1347, Bem. 4.
[15] Arch. f. Bgl. R., Bd. 33, Anm. 18.

Die Vorstellungsmitteilungen dienen dem Kundgebungszweck. Um die gewünschte Vorstellung im Empfänger der Mitteilung zu erwecken, muß er die Möglichkeit haben, von ihr Kenntnis zu nehmen. Sie muß ihm also zugegangen sein.[1] Wenn das Gesetz in den verschiedenen Fällen, z. B. §§ 485 Satz 1, 478, 149 Satz 2 bereits Wirkungen an die Tatsache der Absendung der Mitteilung knüpft, so schließt das keineswegs aus, daß allgemein für die Mitteilungen § 130 BGB. sinngemäß Anwendung finden muß. Wenn die rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen ohne Rücksicht auf Kenntnisnahme durch den Empfänger mit dem Zugang derselben wirken sollen, so müssen auch die Vorstellungsmitteilungen sinn- und zweckgemäß mit dem Zugang wirken. Der Zweck der Vorstellungsmitteilungen und das Interesse des Mitteilungsempfängers erfordern das. Beide sowohl, die Willenserklärungen als auch die Vorstellungsmitteilungen zielen auf eine Kundgebungswirkung, und bei beiden geht das Gesetz von der Verantwortlichkeit des Erklärenden bzw. des Mitteilenden für das beim Gegner erzeugte Vertrauen aus.[2] Aus diesem Grunde gehört zu den Erfordernissen der Vorstellungsmitteilungen auch das Tatbestandsmerkmal der Empfangsbedürftigkeit.

Mannigfach sind die Vorstellungsmitteilungen und obwohl sie den Rechtsgeschäften schon ferner stehen, ist ihre Rechtsnatur in vielen Fällen umstritten. Die Anzeigen in §§ 149,[3] 170, 374 II,[4] 409,[5] 1280[6] u. a. sind empfangsbedürftige Erklä-

---

[1] Kenntnisnahme selbst ist nicht erforderlich. [2] So Manigk, S. 707.

[3] Die Ansicht Hölders, Allg. Teil, § 149, Note b, der darin eine Anfechtung der Annahme erblickt, ist schon deshalb abwegig, weil es gar keine eigene, sondern eine fremde Erklärung wäre, die man dabei anficht und es sich hierbei nur um eine „negative potestative Rechtsbedingung" handelt (Oertmann, § 149, Bem. 3b).

[4] Nach Staudinger, § 374, Bem. 2 ist diese Anzeige ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da die Anzeige nicht Bestandteil der Willenserklärung, sondern bloß Mitteilung des Geschehenen ist (so auch Planck, § 374, Bem. 2).

[5] Endemann, I, § 152, Note 29ff., 9. Aufl.; Dernburg, II A, § 141, S. 367, 3. Aufl.; Neumann, I, § 409, Hdausg. d. BGB., 5. Aufl. halten die Anzeige in § 409 für ein Rechtsgeschäft. Jedoch knüpft das Gesetz die in § 409 bestimmten Rechtsfolgen an die von dem bisherigen Gläubiger an den Schuldner gemachte Mitteilung von der erfolgten Abtretung der Forderungen (so Wellspacher, Vertrauen auf äußere Tatbestände, S. 72/3; Sohm, Der Gegenstand, S. 58/59, Note 21; Klein, in Seufferts Blätter, Bd. 74, S. 597ff.).

[6] Staudinger, § 1280, Bem. 2b hält die Anzeige in § 1280 für ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Hiergegen führt Klein,

rungen, jedoch keine Willenserklärungen. Sie sind nur tatsächliche Mitteilungen (unmaßgebliche Willensäußerungen im Sinne Eltzbachers) und sind weder inhaltlich auf einen Rechtserfolg gerichtet, noch muß ihnen ein entsprechender Wirkungswille zugrunde liegen.

Ebensowenig sind auch die verschiedenen Benachrichtigungen und Androhungen im BGB. Rechtsgeschäfte, so z. B. gem. §§ 384, 411, 416, 1099, 1166, 1220, 1241, 2035, sondern lediglich Mitteilung von Vorstellungen z. B. von der Tatsache der Versteigerung gem. § 384.[7]

So ist auch weiter die Ankündigung eines in der Zukunft liegenden Willens nur eine Mitteilung einer Vorstellung,[8] z. B. die Mitteilung von einer beabsichtigten Anfechtung oder Aufrechnung, die Androhung[9] des Verkaufes einer Sache gemäß § 303, 1234.

Ebenfalls Rechtshandlungen sind die Kundgebung gemäß § 171[10] und das In-Kenntnis-Setzen gem. § 111, da auch hier die Folgen von Gesetzes wegen unabhängig von jeder rechtsgeschäftlichen Absicht eintreten.[11]

Nicht Rechtsgeschäfte sind ferner auch alle Arten von Mitteilungen, wie z. B. gem. § 415 die Mitteilung der Schuldübernahme an den Gläubiger. Diese ist kein Vertragsangebot, sondern eine Vorstellungsmitteilung, auf die aber die allgemeinen Vorschriften über die Rechtsgeschäfte Anwendung finden.[12]

Arch. f. Bgl. R., Bd. 34, Note 17 richtig aus: „Sie gehört unzweifelhaft zum Tatbestand eines Rechtsgeschäftes, nämlich der Forderungspfändung; aber damit hört sie nicht auf Vorstellungsmitteilung zu sein. Die Anzeige in § 1280 besagt nur, daß die Verpfändung stattgefunden hat und will lediglich Kenntnisvermittlung beim Anzeigenempfänger und an diese knüpft das Gesetz die Wirksamkeit der Verpfändung der Forderung."

[7] So Planck, § 384, Bem. 2; Oertmann, § 384, Bem. 2, a. A. Staudinger, § 384, Bem. 1 und Warneyer, § 384, Anm. 1, die die Androhung als Rechtsgeschäft bezeichnen.

[8] So auch Crome, § 86, Anm. 1.

[9] Bemerkenswert ist hierbei für die Androhung, daß sie bei Untunlichkeit unterlassen werden darf, während die Wirkung eines Rechtsgeschäftes, z. B. einer Kündigung, nicht eintreten könne, wenn die Willenserklärung aus irgend einem Grunde auch wegen Untunlichkeit unterbleibt.

[10] So Planck, § 171, Bem. 3.

[11] So Oertmann, § 111, Bem. 2c; a. A. Klein, Arch. f. Bgl. R., Bd. 34, Note 28.

[12] So Oertmann, § 415, Bem. 1c; Planck, § 415, Bem. 2; Staudinger, § 415 II 1; Warneyer, § 415 II; Bay. Ob. Lg., Bd. 28, S. 378; a. A. RG. in JW. 1928, S. 2859, wo die Mitteilung von der Schuldübernahme als

Auch die Mitteilung in § 639 gibt lediglich die Vorstellung wieder, welche bei der Prüfung des Werkes auf Mängel gewonnen werden, und sie ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung.[13]

Die Zusicherung des Verkäufers gem. § 459 II ist die ernstgemeinte Angabe über die Eigenschaften der Kaufsache, und sie ist deshalb keine rechtsgeschäftliche Haftungsübernahme. Die Zusicherung betrifft lediglich die Tatsache des Vorhandenseins der Eigenschaften und die Haftung tritt gemäß §§ 459 II, 463 auch dann ein, wenn der Verkäufer sie nicht rechtsgeschäftlich übernommen hat.[14]

Die Vorlegung von Urkunden gem. §§ 172, 405, 409 BGB., zunächst wohl nur eine körperliche Handlung, ist hinsichtlich ihres Gegenstandes mehr als dieses. Indem der die Urkunde Vorlegende sich auch den Inhalt der letzteren zu eigen macht und ihn in Anspruch nimmt, liegt auch hier eine durch die vorzulegende Urkunde vermittelte Mitteilung ihres Inhalts vor.[15]

Was nun die rechtliche Natur der Quittung § 368 anbelangt,[16] so ist nach der einen Ansicht die Quittung eine Willenserklärung, ihre Aushändigung ein Rechtsgeschäft. Über den Inhalt dieses Rechtsgeschäftes bestehen unter den Vertretern dieser Auffassung wiederum zwei Meinungen. Die einen lehren, die Quittung sei ein negativer Anerkennungsvertrag des Inhalts, daß die Schuld getilgt sei.[17] Die praktische Folge dieser Anschauung ist die Lehre, zur Entkräftung der Quittung genüge der Nachweis nicht, daß tatsächlich nicht erfüllt und nicht gezahlt sei. Andere Vertreter der Rechtsgeschäftstheorie behaupten dagegen, die Quittung sei ein Beweisvertrag, d. h. eine vertragsmäßige Feststellung der Tatsache, daß erfüllt werde, für einen künftigen Rechtsstreit.[18] Der Sinn dieses Beweisvertrages könne verschieden

---

Verfügung über die Forderung des Schuldners durch den Übernehmer auf Befriedigung des Gläubigers aufgefaßt wird. Jedoch läßt sich dieses Ergebnis auch ohne diese Konstruktion gewinnen.

[13] So Planck, 3. Aufl., § 639, Note 3.

[14] a.A. RGRKomm., 7. Aufl., § 459, Bem. 3b, der in der Zusicherung eine rechtsgeschäftliche Garantieübernahme erblickt.

[15] Vgl. Manigk, S. 705.

[16] Vgl. zum folgenden Staudinger, § 368, Bem. 2a u. b.

[17] So Dillow, Quittung in Recht und Verkehr, S. 80ff.; Endemann, I, § 141; Collatz, in Iher. Jb., Bd. 40, 135ff.; Sachmann, Arch. f. Bgl. R., Bd. 31, S. 45.

[18] So Planck, Lehrb. d. d. ZPRecht. I, S. 339ff.

sein, er könne dem Aussteller der Quittung den Gegenbeweis offen lassen. Nach grundsätzlich anderer, heute herrschender Meinung ist die Quittung keine Willenserklärung und kein Rechtsgeschäft, sondern Vorstellungsmitteilung, Wissens- oder Wahrheitserklärung. Der Gesetzeswortlaut ergibt, daß es sich nur um eine einseitige Erklärung des Gläubigers handelt, in der er die Leistung empfangen zu haben bekennt. Sie schließt nicht den Abschluß eines negativen Anerkennungsvertrages in sich, sondern schafft vielmehr in der Form einer Urkunde ein Beweismittel dafür, daß der Gläubiger die Leistung empfangen habe, läßt aber den Gegenbeweis offen. Sie ist insofern also nicht Rechtsgeschäft, sondern Mitteilung von der Vorstellung des Gläubigers, er habe die ihm geschuldete Leistung empfangen.[19]

Das Anerkenntnis der Forderung durch den Schuldner, das die Verjährung unterbricht, § 208 und das Anerkenntnis der Hypothek durch den Eigentümer, das die Frist unterbricht, nach deren Ablauf der unbekannte Hypothekengläubiger mit seinem Recht ausgeschlossen werden kann, § 1170, sind beide weder Verträge noch einseitige Willenserklärungen. Zum Wesen des Vertrags gehört, daß eine Rechtsfolge an die Äußerung eines auf sie gerichteten Willens geknüpft ist. Das ist bei dem vertraglichen Schuldenerkenntnis § 781 der Fall, das als positives wie als negatives gem. § 781 bzw. § 397 II rechtsgeschäftlicher Natur ist.[20] Bei dem Anerkenntnis, das die Verjährung, und bei dem, das die Frist unterbricht, nach deren Ablauf der unbekannte Hypothekengläubiger ausgeschlossen werden kann, hat die Rechtsfolge, die Unterbrechung der Verjährung oder der dem Eigentümer günstigen Frist, mit dem geäußerten Willen den Anspruch als bestehend gelten zu lassen, dagegen gar nichts zu tun. Dieses Anerkenntnis hat lediglich gesetzliche Wirkungen gem. §§ 208, 1170, die völlig unabhängig von dem Willen der Parteien eintreten. Da in beiden Fällen der Wille der Parteien weniger auf ein Wollen, sondern vielmehr auf das Zum-

[19] So RGRKomm., § 368, Bem. 1; Staudinger, § 368, Bem. 2a u. b; Bülow, in Iher. Jb., Bd. 59, S. 1ff.; Dernburg, II, § 116, Anm. 7; Oertmann, § 368, Anm. 6, RG. in JW. 1925, S. 600[3]; RGZ., Bd. 119, S. 279, Bd. 123, S. 82; OLG., Bd. 13, S. 12. Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes (vgl. Motive II, S. 166, Prot. II, S. 337 und wie Planck, Bem. 5b ausführt, aus dem Gegenschluß aus § 371, Satz 2.

[20] Die Wirkung hängt hier von dem daraufgerichteten Willen der Parteien ab.

Ausdruck-bringen einer Vorstellung in Bezug auf ein bestehendes Rechtsverhältnis zielt, handelt es sich hier keinesfalls um Willenserklärungen, sondern um Vorstellungsmitteilungen.[21]

§ 3. Die rechtliche Behandlung der Mitteilungen.

1. Was nun die rechtliche Behandlung der Mitteilungen anbetrifft, so setzen sie in gleicher Weise wie die Rechtsgeschäfte die Geschäftsfähigkeit und das ungestörte Bewußtsein der Geschäftssubjekte voraus. Demgemäß wird man bei den Willensmitteilungen, welche wie die Rechtsgeschäfte Willensäußerungen mit (allerdings nicht dem Willen zu entnehmenden) Rechtsfolgen sind, Geschäftsfähigkeit verlangen bzw. bei beschränkter Geschäftsfähigkeit gem. § 107 nur solche Willensmitteilungen gelten lassen, durch welche der Handelnde lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Daher ist z. B. die Mahnung durch einen Geschäftsunfähigen nichtig,[1] durch einen in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Gläubiger wirksam.[2] Ebenso ist die Zessionsanzeige eines Geschäftsunfähigen nichtig, die eines Geschäftsbeschränkten bedarf der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters, da sie rechtliche Nachteile herbeiführen kann (§ 409).

Auch die Vorstellungsmitteilungen erfordern, wie die Willensmitteilungen, um beachtlich zu sein, einen gewissen Grad geistiger Normalität. Daher wird man einer solchen Äußerung eines Geschäftsunfähigen in der Regel keine Bedeutung beilegen können.[3] Ein beschränkt Geschäftsfähiger dagegen kann, wenn er tatsächlich imstande ist, eine zweckdienliche und verständliche Mitteilung zu machen, einer Anzeigepflicht genügen sowie gem. § 107 solche Mitteilungen machen, durch

[21] So Enneccerus, § 128, Bem. 2b; Klein, Arch. f. Bgl. R., Bd. 34, S. 334ff.; Cosack, § 118 I 1b; Crome, § 116 II 1; Dernburg, § 180 VI; Oertmann, § 208, Bem. 1c; a. A. Hölder, Allg. Teil, S. 435, 436; Breit, a. a. O., S. 199.

[1] Dem Schuldner kann nicht zugemutet werden, die Willensäußerungen eines Kindes oder eines Geisteskranken zu beachten. So v. Thur, § 59, S. 360; Enneccerus, § 194 I 1.

[2] Planck, § 284, Bem. 4b; Oertmann, § 284, Bem. 2b; a. A. Dernburg, II, § 71 II, Bem. 2c; Endemann, § 137, Anm. 5.

[3] Dagegen kommt Klein, S. 166ff. zwar bezüglich der Willensmitteilungen zu ähnlichen Ergebnissen, hält dagegen Vorstellungsmitteilungen, auch wenn sie von Geschäftsunfähigen ausgehen, für wirksam, falls sie den Mitteilungen lediglich rechtlichen Vorteil bringen (S. 149, 151ff.). „Das wird aber den Interessen des Gegners keineswegs gerecht; oder soll etwa der Verkäufer oder Vermieter jede Mängelanzeige eines Geisteskranken respektieren müssen." Enneccerus, § 194, Fußnote 3.

welche er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, z. B. ein Recht erwirbt, ein Recht wahrt oder die Ausübung eines Rechts vorbereitet. Dagegen kann ein beschränkt Geschäftsfähiger seine Rechtsstellung wie nicht durch Rechtsgeschäfte, so auch nicht durch verbindliche Mitteilungen erschweren, z. B. nicht durch Mitteilungen gem. §§ 171, 409 I, 576. Aus demselben Grunde ist zur Unterbrechung der Verjährung durch Anerkennung § 208 Geschäftsfähigkeit des Schuldners erforderlich.

Auch für den Empfang von solchen Aufforderungen und Mitteilungen durch Geschäftsunfähige oder Geschäftsbeschränkte muß das Gleiche wie beim Empfang von Willenserklärungen gelten, weil auch hier bei den mit Nachteilen verknüpften Aufforderungen und Mitteilungen und deren Empfang die Minderjährigen usw. vor Schaden bewahrt werden sollen. Daher ist § 131 sinngemäß anzuwenden auf Willens- und Vorstellungsmitteilungen gegenüber einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen.[4] So kann z. B. die Mahnung, die Aufforderung zur Genehmigung gem. §§ 177, 415 II, oder zur Vornahme der Wahl gem. § 264 I, die Androhung des Verkaufs gem. §§ 303, 384 und ähnliche Erklärungen, die für den Empfänger nachteilige Folgen haben können, an einen Minderjährigen nicht gerichtet werden. Auch für das nicht durch Anzeige vermittelte Wissen von Tatsachen kommt, soweit es für den rechtsgeschäftlichen Verkehr von Bedeutung ist, nicht der Geschäftsunfähige oder beschränkt Geschäftsfähige in Betracht, sondern sein gesetzlicher Vertreter. So z. B. für die Fristen, deren Beginn von der Kenntnis einer Tatsache abhängt. Nur wenn ein beschränkt Geschäftsfähiger selbständig handeln kann, kommt sein eigenes Wissen oder Nichtwissen als Begleiterscheinung seiner Handlung zur Geltung. So ist Kennen und Kennenmüssen von Tatsachen als Voraussetzung eines Verschuldens gem. § 828 aus der Person des beschränkt Geschäftsfähigen zu beurteilen, z. B. bei der erhöhten Haftung aus dem Besitz einer fremden Sache oder aus der Bereicherung (§§ 990, 819).

2. Obwohl nun die Mitteilungen sich von den Rechtsgeschäften dadurch unterscheiden, daß sie nicht auf Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet sind und die Wirkung nicht eintritt, weil sie gewollt, sondern lediglich, weil sie durch das Gesetz verordnet ist, so sind sie den Willenserklärungen

[4] Biermann, § 61, Bem. 6b.

dennoch nahe verwandt; denn sie sind gleichfalls Äußerungen eines geistigen Vorganges, und der Wille oder die Vorstellung des Handelnden ist bei ihnen von entscheidender Bedeutung.

Wegen dieser überwiegenden Ähnlichkeit sind nach der h. L.[5] auf sie die Vorschriften über Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte in weitem Maße anzuwenden. Wenn hiergegen Manigk[6] Stellung nimmt und ausführt, Stellvertretung gem. § 164 komme bei den Mitteilungen nicht in Betracht, da es sich immer nur um Aufträge zu Aufforderungen, Mahnungen und sonstigen Mitteilungen an einen andern handeln könne, wobei der Überbringer nur als Bote fungiere, so kann dem nicht beigepflichtet werden.

Zunächst kommt es auf die richtige Grenzlegung zwischen Stellvertretung und Botentum an. Bei den Willenserklärungen grenzt die Lehre[7] den Vertreterbegriff gegen den Botenbegriff dahin ab, daß es darauf ankomme, ob das rechtsgeschäftliche Verhalten des Handelnden als selbständiges, d. h. als Ergebnis eigenen rechtsgeschäftlichen Entschlusses oder als unselbständiges, als Kundgebung fremden Willensentschlusses erscheine. Dementsprechend könne von Botentätigkeit grundsätzlich nicht die Rede sein, wo der Handelnde auf Grund einer allgemein erteilten Vollmacht in der Lage sei, nach eigener selbständiger Initiative eine Handlung vorzunehmen, wo der Bevollmächtigte bei der Vornahme der Handlung nach freiem Ermessen gehandelt habe. Hier liege dann echte Stellvertretung vor.

Fraglich ist es nun, inwieweit diese Grundsätze auf die Mitteilungen anzuwenden sind.[8]

Das BGB. kennt drei Arten von Stellvertretung: einmal kann die Vertretungsmacht beruhen auf Gesetz, so im Falle der elterlichen Gewalt, der Vertretung durch Vormund, Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlaß-, Konkurs- und Zwangsverwalter.

Rechtsgeschäftlicher Natur ist die Stellvertretung, wenn sie auf einem Willensakt beruht, so z. B. durch Erteilung

---

[5] Oertmann, Allg. Teil, S. 599; Planck, Allg. Teil, S. 433, Anm. 1 f.; v. Thur, § 84, S. 369; Staudinger, § 164, Anm. 5c; Enneccerus, § 128 III 2 und § 194 I 3a und RG., Bd. 79, S. 308, Bd. 85, S. 434, Bd. 58, S. 346 ff.

[6] A. a. O., S. 711, 741.

[7] z. B. Oertmann, Vorbem. 5 vor § 164.

[8] Nach Klein, S. 158 scheiden als vertretungsfeindlich aus alle Mitteilungen amtlicher Natur, wie z. B. Mitteilungen des Gerichts, des Testamentsvollstreckers oder des Nachlaßverwalters.

einer Vollmacht gem. §§ 166 ff. oder Prokura gem. § 48 ff. HGB. Wir sprechen dann von gewillkürter Stellvertretung.

Möglich ist ferner gem. § 177 ff. Stellvertretung ohne Vertretungsmacht. Handeln ohne Vertretungsmacht liegt dann vor, wenn die Vollmacht oder gesetzliche Vertretungsmacht fehlt oder überschritten ist. Fehlt die Vertretungsmacht, so hängt das Geschäft in der Schwebe bis zur Erteilung der Genehmigung (§ 177), die dem Vertreter und dem Gegner erklärt werden kann.

In unserem Falle nun kann kein Zweifel bestehen, daß der gesetzliche Vertreter alle Arten von Mitteilungen, Willensmitteilungen sowohl wie Vorstellungsmitteilungen, soweit sie zu seinem Aufgabenbereich als Vertreter eines Minderjährigen oder Geisteskranken gehören, im Namen desselben für diesen abgeben und empfangen kann.[9] Er kann für seinen Schützling mahnen, kann Zessionsanzeigen für diesen abgeben, kann eine Quittung in dessen Namen ausstellen und wirksam die Verjährung durch Anerkennung des Anspruches durch Sicherheitsleistung für diesen unterbrechen. Die vom Gesetz an die Mitteilung geknüpften Rechtsfolgen treten unmittelbar für den Vertretenen ein.

Im zweiten Fall, Vertretung beruht auf Vollmacht, ist zu unterscheiden, ob der für den andern Handelnde in dessen Namen und für diesen aus eigener Willensfreiheit heraus die Mitteilung abgibt oder empfängt oder nur von diesem beauftragt ist, eine solche zu überbringen oder entgegenzunehmen, ohne dabei eine eigene auf die Sache gerichtete Willenstätigkeit zu entfalten. Hat A den B beauftragt, dem C ein Mahnungsschreiben zu überbringen, so liegt keine selbständige, auf eigener Initiative beruhende Handlung des B vor. Er ist in diesem Fall nur Bote, Überbringer der Mitteilung des A. Hat aber A den B durch Vollmacht dazu bestellt, alle in seinem Geschäftsbetriebe notwendigen Handlungen für ihn und in seinem Namen vorzunehmen, und mahnt B auf Grund dieser Vollmacht den C, so ist das ein Fall von echter Stellvertretung und die Rechtsfolgen der Handlung des B treffen den A.[10] Im Rahmen einer solchen Vollmacht kann der Be-

[9] Die gegenteilige Ansicht würde die unbilligsten Ergebnisse erzielen und die Möglichkeit einer wirksamen Fürsorge des gesetzlichen Vertreters für den von ihm Vertretenen stark einschränken.

[10] Daß gewillkürte Stellvertretung bei den Mitteilungen möglich ist, hat die Rechtsprechung selbst bejaht. So RG., Bd. 85, S. 434, Bd. 79, S. 308, Bd. 58, S. 346 ff.; OLG., Bd. 4, S. 224; vgl. im übrigen Note 5 dieses Paragraphen.

vollmächtigte alle Arten von Mitteilungen, Willens- und Vorstellungsmitteilungen für seinen Vollmachtgeber abgeben; er wird u. a. den gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen zur Abgabe einer Erklärung über die Genehmigung eines Rechtsgeschäftes gem. § 108 II auffordern können, er wird imstande sein, anzudrohen eine geschuldete bewegliche Sache versteigern zu lassen (§ 384), er kann sich für seinen Geschäftsherrn weigern, eine geschuldete Sache anzunehmen (§ 295), er wird eine Zessionsanzeige gem. §§ 409, 576 oder eine Verpfändungsanzeige (§ 1280) für seinen Vollmachtgeber abgeben können[11] und jede Mitteilung irgendwelcher Art für seinen Auftraggeber entgegennehmen.[12] Immer entscheidet der Vertreter nach seinem eigenen freien Ermessn und gibt aus seinem eigenen Willen heraus die Mitteilung ab oder nimmt eine solche entgegen. Die Folgen treten unmittelbar für den von ihm Vertretenen ein.

Wie hier, so ist es auch im Falle der Vertretung ohne Vertretungsmacht. Auch hier ist der Wille des für den andern Handelnden von entscheidender Bedeutung. War zum Beispiel der Mitteilende nur mit der Vornahme einer Anzeige oder der Überbringung einer Mahnung beauftragt und dieser Auftrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers ungültig, so liegt, weil der Mitteilende bei Ausführung seines Auftrages keine eigene darauf gerichtete Willenstätigkeit entfaltet, nur Botentätigkeit ohne Ermächtigung vor. Hatte dagegen der Mitteilende im Vollbewußtsein fehlender Vertretungsmacht eine Anzeige vorgenommen, so kann § 180 Satz 2 unter Erfüllung der dort genannten Voraussetzungen Anwendung finden.[13]

2. Abschnitt.

Die Rechtshandlungen mit höchstpersönlichem Charakter.

Nahe verwandt mit den Mitteilungen sind die sittlichen Rechtshandlungen oder Rechtshandlungen mit höchstpersön-

---

[11] RG., Bd. 79, S. 308.

[12] RG., Bd. 85, S. 434.

[13] Somit ist auch z. B. eine Mahnung von seiten eines Vertreters ohne Vertretungsmacht unzulässig und genehmigungsbedürftig, es sei denn, daß der Gemahnte die vom Mahnenden behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet hat oder damit einverstanden gewesen ist, daß der Mahnende ohne Vertretungsmacht gehandelt hat (§ 180). Enneccerus, § 194 I 3a.

lichem Charakter. Auch bei ihnen ist das Willensmoment von Bedeutung, da hier der Handelnde seinem Willen oder seiner Vorstellung Ausdruck geben will, als habe er z. B. dem Ehebruch seines Ehegatten zugestimmt oder einem unwürdigen Erben verziehen. Jedoch tritt bei diesen Handlungen neben diesem Willensmoment der rein sittliche und menschliche Gehalt derselben stark in den Vordergrund. Hervorragend erheblich an diesen Rechtshandlungen ist, daß sie streng mit der Persönlichkeit des Handelnden verbunden und individueller, höchst persönlicher Natur sind. Sie nehmen deshalb unter den Rechtshandlungen eine Sonderstellung ein und erfordern, was die Anwendung rechtsgeschäftlicher Vorschriften anbelangt, eine besondere Regelung. Ihre Zahl ist eine beschränkte.

§ 1. Die Verzeihung.

I. Eine sittliche Rechtshandlung ist die Verzeihung. Sie ist eine rechtlich erhebliche Gefühlsäußerung, welche beim Schenkungswiderruf § 532, bei der Ehescheidung § 1570, bei der Entziehung des Pflichtteils § 2337 und bei der Erbunwürdigkeit § 2343 in Betracht kommt. Über die rechtliche Natur der Verzeihung sind sich die Schriftsteller nicht einig. Das BGB. gibt, wie auch die früheren Rechte, das kanonische, das gemeine und das allgemeine Landrecht keine Begriffsbestimmung der Verzeihung. Die Motive zum BGB.[1] überlassen die Feststellung ihres Begriffes und ihrer rechtlichen Natur der Wissenschaft und Praxis.

Daß die Verzeihung kein Rechtsgeschäft ist, heben die Motive[2] sehr bestimmt hervor: „Aus der ratio der Bestimmung, daß die Verzeihung den Wegfall des Scheidungsrechtes bewirkt, folgt, daß es für den Eintritt dieser Wirkungen gleichgültig ist, ob dem verzeihenden Gatten die Eigenschaft der von ihm verziehenen Handlung als eines Scheidungsgrundes bekannt war und er durch die Verzeihung den Wegfall des Rechtes auf Scheidung herbeiführen wollte. Die Verzeihung ist daher im Sinne des Entwurfes jedenfalls kein Rechtsgeschäft."

Dieser Ansicht der Motive haben sich mit wenigen Ausnahmen[3] die meisten Schriftsteller angeschlossen, insbesondere das BGB. selbst betrachtet die Verzeihung nicht als

[1] Mot. II, S. 304; IV, S. 603.
[2] Mot. IV, S. 603.
[3] So Dernburg, II 2, S. 134.

Rechtsgeschäft, sondern läßt die Rechtsfolgen derselben ohne einen darauf gerichteten Willen der Parteien eintreten. Denn wollte man einen solchen Willen annehmen, so wäre die Verzeihung durch den Schenker nichts anderes als ein Verzicht auf den Widerruf der Schenkung und es wäre dann nicht notwendig gewesen, den Verzicht auf den Widerruf der Schenkung an eigener Stelle im Gesetz zu regeln. Das hat jedoch der Gesetzgeber nicht beabsichtigt und ausdrücklich in §§ 532, 533 die Verzeihung und den Verzicht auf den Widerruf der Schenkung als etwas verschiedenes nebeneinandergestellt.[4] Eine Willenserklärung ist die Verzeihung demnach nicht.[5]

Die Verzeihung wird ferner auch nicht als ein nur innerer Vorgang anzusehen sein.[6] Denn um rechtlich bedeutsam zu werden, muß die verzeihende Gesinnung nach außen durch ein schlüssiges Verhalten des Verzeihenden erkennbar sein. Sie kann mit Worten erklärt werden, braucht es aber nicht; auch rein tatsächliches Verhalten (so im Falle des § 1570 durch Wiederaufnahme des Geschlechtsverkehrs) kann die verzeihende Gesinnung des einen Ehegatten dem anderen gegenüber zum Ausdruck bringen.[7]

Sie ist aber auch nicht, wie Staudinger u. a. annehmen,[8] ein „rein tatsächlicher Vorgang"; denn das BGB. knüpft an die Verzeihung in den verschiedenen Fällen erhebliche Rechtsfolgen: Die Verzeihung des Schenkers bewirkt, daß die Schenkung nicht mehr widerrufen (§ 532), die des Ehegatten, daß keine Scheidung mehr verlangt werden kann (§ 1570), die des Erblassers gegenüber dem künftigen Erben, daß die Anfechtung des Erbschaftserwerbes wegen Unwürdigkeit (§ 2343) und die gegenüber dem künftigen Pflichtteilsberechtigten, daß die Entziehung des Pflichtteils ausgeschlossen ist (§ 2337). Diese Folgen knüpft aber das Gesetz nur an rechtlich erhebliche Handlungen, folglich kann es sich hier auch nicht um einen nur tatsächlichen Vorgang handeln.

---

[4] Enneccerus, II 2, § 35, § VI 1 nennt die Verzeihung eine in bestimmter Weise motivierte Verzichterklärung.

[5] So h. M.: Eltzbacher, S. 198; v. Thur, § 48, Note 190; RGRKomm., § 1570, Anm. 3a u. b; Planck, § 1570, Anm. 6 u. a.

[6] So Kuntze, in: Die Verzeihung in § 1570 in Gruch. Beitr., Bd. 58, S. 804.

[7] Vgl. RG., Bd. 96, S. 268, Bd. 105, S. 106.

[8] Staudinger, § 1570, Anm. 4; Warneyer, § 1570, Bem. II; Rosenberg, a. a. O., S. 26; a. A. Freudenberg, Die Verzeihung ..., S. 23 ff.; Goldmann-Lilienthal, S. 86 ff.

Aus alledem ergibt sich somit, daß die Verzeihung nur Rechtshandlung sein kann.[9]

II. 1. Für die Frage, inwieweit der Verzeihende handlungsfähig sein muß, werden für die verschiedenen Fälle der Verzeihung verschiedene Anforderungen gestellt werden müssen. Ein Geschäftsunfähiger kann ebensowenig wie ein Bewußtloser oder vorübergehend Geistesgestörter verzeihen, weil ihre Gefühlsäußerungen so wenig Beachtung finden, wie ihre Willenserklärungen. Dagegen ergibt sich für einen beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten, soweit er rein tatsächlich fähig, d. h. willensfähig ist zu verzeihen, die Möglichkeit der Verzeihung eines Ehescheidungsgrundes gem. § 1570 daraus, daß er in Scheidungssachen selbständig zu bestimmen hat und eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters nicht notwendig ist. Ebenso kann ein beschränkt geschäftsfähiger Erblasser die Verfehlung eines Pflichtteilsberechtigten durch Verzeihung tilgen (§ 2337). Volle Geschäftsfähigkeit wird dagegen erforderlich sein bei der Verzeihung des groben Undanks durch einen beschränkt geschäftsfähigen Schenker; denn dieser verliert sonst durch die Verzeihung das Recht des Widerrufs, auf welches er nicht ohne Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters verzichten könnte.[10]

2. Darüber, daß bei der höchstpersönlichen Natur der Verzeihung eine Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften über die Stellvertretung ausgeschlossen ist, besteht kein Zweifel, kommt es doch nur auf den Willen des Verzeihenden selbst an. Jedoch ist es möglich, daß die Erklärung, durch die der zur Versöhnung gestimmte Ehegatte oder Schenker seine verzeihende Gesinnung kundtun will, auch durch einen Boten oder Gehilfen ausgerichtet werden kann.

§ 2. Die Zustimmung zum Ehebruch.

I. Der Verzeihung steht nahe die gem. § 1565 Abs. 2 erhebliche Zustimmung.

§ 1565 bestimmt: „Ein Ehegatte kann auf Scheidung klagen, wenn der andere Ehegatte sich des Ehebruchs oder einer nach den §§ 171, 175 des Strafgesetzbuches strafbaren Handlung schuldig macht.

Das Recht des Ehegatten auf Scheidung ist ausgeschlossen, wenn er dem Ehebruch oder der strafbaren Handlung zustimmt oder sich der Teilnahme schuldig macht."

[9] Klein, a.a.O., S. 121; Planck, § 532, Anm. 2.

[10] So Manigk a.a.O., S. 699; gegenteiliger Ansicht v. Tuhr a.a.O., § 59, 4.

Daß diese Zustimmung zum Ehebruch nichts mit der Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft zu tun hat, liegt auf der Hand. Das Verhalten, das sonst vom BGB. als Zustimmung bezeichnet wird, hat die Rechtsfolge, daß ein Rechtsgeschäft wirksam wird, das sonst ohne Wirksamkeit sein würde (§§ 182 ff.); es ist Äußerung eines auf diese Rechtsfolge gerichteten Willens und deshalb Willenserklärung. Dagegen ist die Zustimmung zum Ehebruch und zur widernatürlichen Unzucht überhaupt nicht rechtsgeschäftliches Handeln und die Zustimmung zur Eingehung einer zweiten Ehe bei bestehender Ehe vermag das nichtige Rechtsgeschäft, auf das sie sich bezieht, nicht gültig zu machen. Die Zustimmung zu einer solchen Handlung bewirkt vielmehr nur, daß der zustimmende Ehegatte wegen der Handlung nicht Scheidung verlangen kann. Mit einer Zustimmung im gewöhnlichen Sinne hat sie demnach nichts zu tun.

Diese eigenartige Natur der Zustimmung erkennen schon die Motive,[1] welche ausführen: „Daß der zur Handlung seine Zustimmung erteilende Gatte, diese Handlung sich zu eigen macht und zu erkennen gibt, daß ihre Begehung seine eheliche Gesinnung nicht affiziert und ihm die Ehe nicht unerträglich macht. Daraus ergibt sich zugleich, daß die Zustimmung hier nicht einen rechtsgeschäftlichen Charakter hat, wie die Einwilligung des § 706, sondern daß es genügt, wenn der Gatte sein Einverständnis mit der fraglichen Handlung in irgendwelcher Art tatsächlich zu erkennen gegeben hat, was z. B. auch durch die Anstiftung eines Dritten geschehen kann." Wäre die Zustimmung ihrer Natur nach hier eine Willenserklärung, so würde sie nur dann erheblich sein können, wenn sie gegenüber dem anderen Ehegatten erklärt und dieser hiezu Stellung nehmen würde; denn die Wirkung der Zustimmung bezieht sich hier lediglich auf den anderen Teil, nicht auf einen Dritten, wie bei der Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft. Das Gesetz begnügt sich vielmehr mit jeder Betätigung einer die in Frage stehenden Handlungen nicht ablehnenden Gesinnung.[2] Eine Willenserklärung ist die Zustimmung zum Ehebruch deshalb nicht.[3]

[1] Mot. IV, S. 587.

[2] Vgl. Manigk a. a. O., S. 700.

[3] So h. M. RG. Bd. 85, S. 204 ff., Warn.-Entsch. 1915, Nr. 143, 1917, Nr. 179; Seufferts Arch., Bd. 78, Nr. 89; RGRKomm. § 1565, Bem. 4; Planck, § 1565, Bem. 15.

Jedoch halten Staudinger u. a.[4] die Zustimmung zum Ehebruch für einen rein tatsächlichen Vorgang. Diese Ansicht erscheint bedenklich, knüpft doch das Gesetz in § 1565, Abs. 2 weittragende Folgen (Verlust des Rechtes auf Ehescheidung) an die Zustimmung des Ehegatten zum ehewidrigen Verhalten des anderen Ehegatten. Das BGB. charakterisiert damit selbst die Zustimmung als eine rechtlich erhebliche Handlung.

Nach richtiger Anschauung ist die Zustimmung zum Ehebruch eine Rechtshandlung. Rechtsfolge der Zustimmung ist nicht, daß der Ehebruch bzw. die strafbare Handlung nicht rechtswidrig ist, diese Wirkung kann die Zustimmung des Ehegatten niemals hervorrufen. Es tritt vielmehr die Rechtswirkung ein, daß der andere Ehegatte kein Recht auf Scheidung hat; diese Wirkung verliert die Zustimmung auch nicht dadurch, daß sie aus dem Wunsche heraus, geschieden zu werden, erteilt wird.[5]

Von Zustimmung im Sinne des § 1565 II kann natürlich nur dann die Rede sein, wenn aus dem äußeren Verhalten des Ehegatten das Einverständnis mit einer in § 1565 I genannten Handlung geschlossen werden kann. Eine Form ist aber nicht vorgeschrieben. Es genügt daher jedes äußere Verhalten des zustimmenden Ehegatten, aus dem der andere Teil die Zustimmung entnehmen kann. Es kann geschehen durch ausdrückliches Zustimmen, jedoch ist ein solches oder gar eine Willenseinigung beider Teile nicht erforderlich. Unter Umständen kann auch aus dem bloßen Stillschweigen des Ehegatten, der von dem Ehebruch bzw. der strafbaren Handlung des anderen Ehegatten weiß, Zustimmung zu einer der fraglichen Handlungen geschlossen werden. Jedoch ist hierbei aus der Sachlage des einzelnen Falles zu entscheiden, denn nicht immer bedeutet Schweigen ein Einverständnis mit dem ehewidrigen Handeln des anderen Ehegatten.[6]

---

[4] Staudinger, § 1565, Bem. 6aα und die dort angeführte Literatur.

[5] RG. Bd. 85, S. 204 ff.; hiergegen Klein, S. 110 der die Legalwirkung des § 1565 II in einem solchen Falle nicht eintreten lassen will, weil bei dem Ehegatten, der den Ehebruch des andern Ehegatten will, um einen Scheidungsgrund zu haben, nicht die in § 1565 II verlangte Gesinnung vorhanden sei. Diese Ansicht Kleins ist jedoch nicht richtig. Es kommt in § 1565 II nur auf die tatsächliche Zustimmung an, nicht aber auf die Beweggründe, die den Ehegatten hierzu veranlassen.

[6] So z. B. in den Fällen, wo es mit Rücksicht auf die Kinder oder aus religiösen Motiven geschieht; vgl. hierzu Klein, S. 112 und S. 108 ff. bezüglich der Rechtsprechung des RG.

II. 1. Erfordert nun die Zustimmung zum Ehebruch die volle Geschäftsfähigkeit des zustimmenden Ehegatten oder ist auch ein beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte in der Lage, sein Einverständnis zu den in § 1565 genannten Handlungen kundzutun?

Daß die volle Geschäftsfähigkeit des Zustimmenden nicht erforderlich ist, sondern auch ein beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte wirksam zustimmen kann, ergibt sich aus dem Gesetz.[7] Darüber hinaus nimmt Opet[8] an, daß auch ein geschäftsunfähiger Ehegatte, wenn er in der Lage sei, die Tragweite seines Handelns einzusehen, ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters zustimmen könne. Das ist jedoch nicht richtig. Daß der gesetzliche Vertreter nicht für den Geschäftsunfähigen zustimmen kann, ergibt sich aus der Vertretungsfeindlichkeit dieser Rechtshandlung.[9] Aber auch der Geschäftsunfähige selbst kann nie wirksam zustimmen, da er in keinem Fall die geistige Reife besitzt, die für die Zustimmung als eine rechtlich erhebliche Handlung verlangt werden muß.[10]

2. Wie bei den andern sittlichen Rechtshandlungen, so unterscheidet sich auch die Zustimmung zum Ehebruch durch die Höchstpersönlichkeit ihrer Natur von den übrigen Rechtshandlungen. Sie ist daher unter die vorstehende Gruppe der Rechtshandlungen mit höchstpersönlichem Charakter zu zählen.

Was bezüglich der Vertretbarkeit der übrigen sittlichen Rechtshandlungen gesagt wurde, muß auch hier gelten. Da die Zustimmung nur durch den Ehegatten selbst erklärt werden kann, ist Stellvertretung ausgeschlossen.[11]

§ 3. Die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft.

I. Weiterhin gehört zu dieser Rechtshandlungsgruppe die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gem. §§ 1576, 1587. Das Gesetz führt in § 1576 I aus: „Ist auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erkannt, so kann jeder der Ehegatten auf Grund des Urteils die Scheidung beantragen, es

[7] Vgl. §§ 1336 I, 1337 III, 1358 III.

[8] a.a.O. § 1565, Note 9a.

[9] So Planck, § 1565, Bem. 15.

[10] Daß ein Eingehen auf die Bestimmung des § 105 II nicht notwendig ist, liegt auf der Hand.

[11] Wohl aber wäre auch hier Überbringung der Zustimmungserklärung durch einen Boten möglich.

sei denn, daß nach der Erlassung des Urteils die eheliche Gemeinschaft wieder hergestellt worden ist"; und in § 1587 „wird die eheliche Gemeinschaft nach der Aufhebung wieder hergestellt, so fallen die mit der Aufhebung verbundenen Wirkungen weg und tritt Gütertrennung ein."

Auch bezüglich der rechtlichen Natur der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft herrscht Meinungsstreit. Die einen lehren, die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft sei ein rein tatsächlicher Vorgang, nach anderen ist sie ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, ein familienrechtlicher Vertrag, eine dritte Meinung geht dahin, daß es sich bei der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft um eine Rechtshandlung handle. Die erstere Meinung vertreten u. a. Behr, der folgendes ausführt:[1] „Es ist freilich nicht ausgeschlossen, daß die früheren Ehegatten sich durch gegenseitigen Willensaustausch dahin einigen, die eheliche Gemeinschaft wiederherzustellen und dann in Betätigung dieses übereinstimmenden Willens durch tatsächliches Handeln die Wiederherstellung ausführen. Aber diesem Willensaustausch ist jede selbständige Bedeutung abzusprechen. Er ist weder Voraussetzung für die Wirksamkeit des als seine Folge auftretenden faktischen Verhaltens, noch genügend, um eine Bindung der früheren Ehegatten bezüglich der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft zu begründen oder diese zu ersetzen." Auf demselben Standpunkt steht auch Endemann,[2] wenn er anführt, daß durch diesen tatsächlichen Vorgang — nämlich Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft — ohne Form oder erneute Eheschließung der durch das Urteil geschaffene Zustand aufhöre und die Ehe mit allen Rechten und Pflichten aufs neue beginne.[3] Dieser Ansicht muß widersprochen werden. Denn gerade bei der Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ist der Wille der Ehegatten aus rein selbstverständlicher Erwägung heraus von Bedeutung. Wenn er auch nicht auf die Folgen des durch die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft geschaffenen Rechtszustandes gerichtet zu sein braucht, so muß er doch zum mindesten auf eine Wiederherstellung des ehelichen Lebens abzielen. Im übrigen kann es sich deshalb nicht um einen nur

[1] Behr in Arch. f. Bgl. Recht, Bd. 25, S. 42.

[2] a. a. O., S. 693.

[3] Ähnlich Matthiaß: Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft und Scheidung in: „Das Recht", 1903, Nr. 1, S. 4 und Sartorius, Pers. Stand. Ges., S. 367.

tatsächlichen Vorgang handeln, weil das Gesetz in §§ 1576, 1587 weittragende Rechtsfolgen an die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft knüpft.

Da die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ein Zweifaches erfordert, nämlich objektiv eine Wiedervereinigung der Ehegatten, d. h. die äußerliche Fortsetzung der unterbrochenen ehelichen Lebensgemeinschaft, und subjektiv den Willen beider Ehegatten wieder miteinander zu leben, halten die Vertreter der anderen Meinung nun die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft für einen zweiseitigen Vertrag familienrechtlicher Natur, indem sie unter Hervorhebung des unstreitig vorhandenen Willensmomentes die rechtsgeschäftliche Natur dieser Handlung nachzuweisen suchen. Sie schränken sich jedoch bei der Vertretung ihrer Ansicht insoweit ein, als sie mit Rücksicht darauf, daß die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft gleich allen familienrechtlichen Verhältnissen nicht nur eine rechtliche Seite habe, sondern auch dem Sittengesetz unterstehe, die allgemeinen Grundsätze über Verträge nur mit erheblichen Abweichungen anwenden wollen. Wie für das Verlöbnis, so müßten auch für die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft die in dieser Richtung bestehenden Abweichungen mangels gesetzlicher Regelung aus der Natur der Sache entnommen werden.[4] Im Gesetz kann für diese Lehre kein Anhaltspunkt gefunden werden. Nichts weist darauf hin, daß zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ein der Eheschließung sinngemäßer besonderer Rechtsakt, ein Rechtsgeschäft erforderlich sei. Eine solche Ansicht hätte auch weitgehende Folgen; denn wollte man hier die Willensäußerungen als Vertrag zwischen den Ehegatten bezeichnen, so müßte man folgerichtig jedes gleichzeitige Verhalten mehrerer Personen, soweit es Rechtsfolgen hervorruft, als ein Rechtsgeschäft, einen Vertrag der Beteiligten ansehen. Aber nicht jede gleichzeitige Willensbetätigung in gleicher Richtung ist deswegen Rechtsgeschäft. Die Willensbetätigung der früheren Ehegatten muß sich bei der Aufhebung der durch die Auf-

[4] So Staudinger, § 1587, Bem. 2; ähnlich Rauch, separatio perpetua . . ., S. 58 ff.; Ölshausen in Arch. f. Bgl. Recht, Bd. 23, S. 153; Seckel in Aufhebung und Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft in Berl. Festgabe für Dernburg, S. 33, der die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft für „einen nicht durch zusammenstimmende Willenserklärungen, sondern nur durch zweiseitige Willensbetätigung zustande gekommenen Vertrag" hält.

hebung der ehelichen Gemeinschaft bewirkten Trennung nur dergestalt äußern, daß eine Handlung zustande kommt, welche tatsächlich eine Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft bedeutet. Nicht dagegen braucht der Wille der Ehegatten darauf gerichtet zu sein, die eheliche Gemeinschaft auch mit den in § 1587 vorgeschriebenen Wirkungen wiederherzustellen. Es genügt vielmehr die tatsächliche Wiederherstellung des ehelichen Lebens durch ein bewußtes und dazu geeignetes Handeln. Die Rechtsfolgen dieser Handlung treten allein von Gesetzes wegen ein, und sie ist deshalb kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung.[5],[6]

II. 1. Wie beim Miteinanderleben der Ehegatten ist hier nur ein gem. § 1303 Verkehrsfähiger in der Lage, die eheliche Gemeinschaft wiederherzustellen. Eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zur Wirksamkeit der Rechtshandlung ist nicht erforderlich.

2. Auch in diesem Falle bedingt die höchstpersönliche Natur dieser Rechtshandlung ihre Unvertretbarkeit.[7]

§ 4. Das Miteinanderleben der Ehegatten.

I. Zu dieser Rechtshandlungsgruppe gehört ebenfalls das Miteinanderleben der Ehegatten gem. § 1324 II Satz 1. Das Gesetz bestimmt in dieser Vorschrift: „Ist die Ehe in das Heiratsregister eingetragen worden und haben die Ehegatten nach der Eheschließung zehn Jahre oder falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre, als Ehegatten miteinander gelebt, so ist die Ehe als von Anfang an gültig anzusehen."

Darüber, daß es sich bei diesem Miteinanderleben der Ehegatten nicht um einen rein tatsächlichen Vorgang handeln kann,[1] ist jeder Zweifel ausgeschlossen. Wohnt doch diesem Miteinanderleben der Ehegatten nicht nur ein objektives Moment, der rein äußere Tatbestand des Beisammenseins der

[5] So auch Planck, § 1587, Bem. 4; Enneccerus II 2, § 37; II 3; Klein, S. 83 ff.; ähnlich RGRKomm. § 1587, Bem. 2. der die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft eine von Rechtsfolgen begleitete, keiner Form bedürfende zweiseitige Handlung nennt.

[6] Wenn verschiedene Schriftsteller, so Klein, S. 83 ff. und Enneccerus II 2, § 37 II 3 die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft unter eine andere Gruppe von Rechtshandlungen zählen, so möchte ich zur Verteidigung meiner Einteilung anführen, daß das Hervorragende an dieser Handlung ihr höchstpersönlicher Charakter ist, der sie streng von anderen Rechtshandlungen scheidet.

[7] Vgl. Staudinger, § 1587, Bem. 2; Planck, § 1587, Bem. 4.

[1] Wie Staudinger, § 1324 Bem. 3 b δ annimmt.

Ehegatten, sondern auch ein subjektives Moment, nämlich der Wille der Ehegatten, miteinander zu leben, inne. Das Gesetz erfordert ein fortgesetztes eheliches Zusammenleben der Gatten während der in § 1324 II Satz 1 angeführten Zeit. Dies kann sich kundtun durch die Führung eines gemeinsamen Namens, durch Leitung des gemeinschaftlichen Haushaltes durch die Frau, durch Gewährung des Unterhalts usw. Jedoch ist selbstverständliche Voraussetzung zu diesem tatsächlichen Vorgang des Beisammenseins, daß die Ehegatten auch den Willen dazu haben. Kann ich doch zusammenleben mit einem andern Menschen nur, wenn ich zumindestens auch geistig mich mit dieser Frage befasse. Diese geistige Stellungnahme — der Wille — braucht zwar nicht erklärt zu werden, jedoch muß er vorhanden sein. Insofern ist es falsch, wenn Kohler[2] erklärt: „Die Rechtsfolge schließt sich an diesen sozialen Naturvorgang an, nicht an das in Fortsetzung der Ehe betätigte menschliche Handeln." Gerade das Miteinanderleben der Ehegatten ist Ausdruck des ausgesprochenen Willens derselben, miteinander eben als Ehegatten zu leben und die Rechtsfolgen schließen sich an das bewußte und gewollte Handeln und nicht an den rein äußeren „sozialen" Vorgang des tatsächlichen Beisammenseins derselben an. Ein tatsächlicher Vorgang ist das Miteinanderleben der Ehegatten somit nicht.

Es ist aber auch kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung. Und zwar sind es dieselben Gründe wie bei der Herstellung der ehelichen Gemeinschaft, die gegen die Annahme eines Rechtsgeschäftes hier sprechen. Denn wollte der Gesetzgeber hier in der einfachen Willensbetätigung der Ehegatten, miteinander zu leben, schon eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sehen, so müßte er jedesmal, wenn das Wollen mehrerer Personen auf ein gleiches Ziel gerichtet ist, eine rechtsgeschäftliche Erklärung, einen Vertrag, zwischen diesen annehmen. Hier ist jedoch vor allem zu bedenken, daß der Wille der Ehegatten nicht darauf gerichtet sein muß und meistens infolge Unkenntnis der gesetzlichen Bestimmungen auch nicht darauf gerichtet ist, die Gültigkeitserklärung der Ehe von Anfang an zu erreichen, sondern er muß sich nur darauf erstrecken, fürderhin ein eheliches Leben miteinander zu führen. Die Folgen aber treten immer ex lege ein und nicht weil die Ehegatten sie angestrebt haben. Das Miteinander-

[2] a.a.O. I, S. 579.

leben der Ehegatten ist somit eine ausgesprochene Rechtshandlung, deren höchstpersönlicher Charakter sie unter die vorstehende Gruppe fallen läßt.

II. 1. Da zum Wesen dieser Rechtshandlung der Wille, als Ehegatten miteinander zu leben, gehört, ist nur ein gemäß BGB. § 1303 Verkehrsfähiger zur wirksamen Vornahme dieser Handlung fähig. Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ist zur Wirksamkeit dieser Rechtshandlung nicht erforderlich.

2. Stellvertretung ist naturgemäß bei dem Zusammenleben der Ehegatten ausgeschlossen.

§ 5. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft.

I. Zu der Gruppe der Rechtshandlungen mit sittlichem und persönlichem Charakter gehört schließlich auch die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft, §§ 1718, 1720 II, 1725.

Auch über die rechtliche Natur der Vaterschaftsanerkennung des unehelichen Erzeugers herrscht in Literatur und Rechtsprechung Meinungsstreit. Nach einer verbreiteten Auffassung ist die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft ein einseitiges Rechtsgeschäft.[1] Andere[2] lehren, das Vaterschaftsanerkenntnis sei eine Rechtshandlung.

Daß die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft Rechtshandlung ist und daß die herrschende Meinung mit ihrer Anschauung, dieselbe sei ein nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, im Unrecht ist, dafür sprechen folgende Gründe: Die Anerkennung der ehelichen Vaterschaft, von der zu Recht angenommen wird, daß sie Rechtsgeschäft ist, hat die Rechtsfolge, daß das als ehelich anerkannte Kind nun auch wirklich als ehelich gilt (§ 1598). Dagegen hat das Anerkenntnis hier nicht die einfache einheitliche Rechtsfolge, daß das Kind nunmehr als natürliches Kind des Anerkennenden gilt, das Gesetz knüpft vielmehr an dieses Anerkenntnis der unehelichen Vaterschaft in den verschiedenen, durch die §§ 1718, 1720 II, 1725 geregelten Fällen gänzlich verschiedene Rechtsfolgen. Nach § 1718 bewirkt es, daß der Anerkennende sich nicht mehr auf die Beiwohnung eines anderen während der Empfängniszeit berufen kann, der Beweis der eigenen Beiwoh-

[1] So Staudinger, § 1718, Bem. 4; Planck, § 1718, Bem. 4; Neumann, a.a.O., 6. Aufl., § 1718, Note II. 2a; OLG. Bd. 2, S. 550; RG., Bd. 58, S. 53, Bd. 84, S. 319.

[2] Blume, Das Familienrecht, S. 640, Bem. 2; Manigk, S. 721 ff.; Eltzbacher, S. 203; Klein, S. 129 ff.

nung aber muß ihm noch erbracht werden. Nach § 1720 begründet es die Vermutung, daß der Anerkennende der Mutter während der Empfängniszeit beigewohnt habe, aber der Beweis, daß er nicht Vater ist, bleibt ihm offen. Nach § 1725 endlich ist es Bedingung für die staatliche Ehelichkeitserklärung, die aber nicht ohne weiteres erteilt werden muß. Aus dem Umstand, daß das Gesetz in diesen Fällen an die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft verschiedene und ungewollte Rechtsfolgen knüpft, folgt allein schon mit Sicherheit, daß die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft nicht Willenserklärung sein kann.

Wenn nun Staudinger[3] meint, die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft enthalte das Geständnis der Beiwohnung innerhalb der einrechnungsfähigen Zeit, darüber hinausgehend aber auch die Erklärung des Willens als unehelicher Vater des Kindes gelten zu wollen, so kann in den Bestimmungen der §§ 1718, 1720 II, 1725 kein Anhaltspunkt für einen solchen rechtsgeschäftlichen Charakter der Anerkennung gefunden werden. Diesen würde sie nur dadurch erlangt haben, daß der Vater durch die Anerkennung als einen konstitutiven Akt eine Rechtsbeziehung schafft. Wenn bei der Anerkennung der Ehelichkeit die eheliche Stellung des Kindes in der Tat geschaffen wird, so vermissen wir diese konstitutive Wirkung des Gesetzes bei dem Anerkenntnis der unehelichen Vaterschaft. Insbesondere knüpft § 1720 II nur eine Vermutung an die Anerkennung. Diese Wirkung tritt aber nicht als Folge eines darauf gerichteten Willens des anerkennenden Vaters ein, sondern ist rein gesetzlicher Natur.

Für diese Beurteilung sprechen schließlich auch die Materialien zum BGB.[4] Der zweite Entwurf schuf in § 1605 die in das Gesetz übergangene Bestimmung. Die Kommission schloß sich damit im wesentlichen einem Antrag an, der betont hatte, daß „die Einführung einer konstitutiven Wirkung" der Anerkennung sich nicht mit dem Standpunkte des Entwurfes vertrage. Ein in zweiter Lesung eingebrachter Antrag, der die rechtsgeschäftliche Natur betonte und zur Wirksamkeit der Anerkennung die Geschäftsfähigkeit des Vaters verlangte, wurde abgelehnt.

Demnach ist die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft Rechtshandlung. Sie enthält ein Geständnis des unehelichen

---

[3] § 1718 Bem. 4.
[4] Vgl. auch Manigk, S. 721.

Vaters des Inhalts, daß er der Kindsmutter beigewohnt habe und der Überzeugung sei, der Vater des Kindes zu sein. Sie ist jedoch nicht ein Verzicht auf die exceptio plurium, denn eine solche wird der uneheliche Vater nicht wollen und die Folgen des § 1718 treten allein ex lege ein.

II. 1. Wer ist nun fähig, wirksam seine Vaterschaft anzuerkennen? Ausgeschlossen ist die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft bei einem Geschäftsunfähigen, da die Bedeutung und die Tragweite derselben verbieten, von einem Geschäftsunfähigen vorgenommen zu werden. Ist der uneheliche Vater beschränkt geschäftsfähig, so kann er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters die Erklärung abgeben.[5]

2. Die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft ist eine Rechtshandlung mit höchstpersönlichem Charakter. Eltzbacher[6] und Biermann[7] halten sie für eine Äußerung einer Überzeugung, für eine Vorstellungsmitteilung; Klein[8] und Manigk[9] rechnen sie unter ihre Gruppe von Handlungen, die sich lediglich als eine Perfektion einer auf äußeres Verhalten hinzielenden erheblichen inneren Tatsache darstellen, bei denen der gesetzliche Handlungsakt nicht fixiert wird. Während die erstgenannten Schriftsteller bei ihrer Gruppierung die Erweckung der Vorstellung, der Überzeugung, Vater des unehelichen Kindes zu sein, in den Vordergrund stellen, heben die letzteren als besonderes Merkmal dieser Rechtshandlung die Perfektion einer auf ein äußeres Verhalten hinzielenden inneren Tatsache hervor. Sie übersehen jedoch, daß allen sittlichen Rechtshandlungen ein besonderes Merkmal zu eigen ist, was sie von den übrigen Rechtshandlungen hervorragen läßt und sie zu einer besonderen Gruppe zusammenschweißt: ihre höchstpersönliche Natur. Daß diese Sonderstellung gerechtfertigt ist, geht daraus hervor, daß alle diese Rechtshandlungen bezüglich der sinngemäßen Anwendung rechtsgeschäftlicher Vorschriften einer gemeinsamen Behandlung unterliegen: sie sind unvertretbare Rechtshandlungen.

Zu ihnen gehört auch die Anerkennung der unehelichen Vaterschaft; denn auch bei ihr kommt es allein auf die Über-

[5] Vgl. Planck, § 1718, Bem. 4b; RGRKomm. § 1718, Bem. 2.
[6] S. 203.
[7] I S. 139.
[8] S. 134.
[9] S. 723.

zeugung und den Anerkennungswillen des unehelichen Vaters an; eine Vertretung im Willen ist bei ihr undenkbar.

§ 6. Der Rücktritt vom Verlöbnis.

I. Nur ganz wenige sind es, die den Rücktritt vom Verlöbnis gem. § 1298 ff. für eine Rechtshandlung halten.[1] Die große Mehrzahl aller Schriftsteller halten den Rücktritt vom Verlöbnis für ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.[2]

Dieser Rücktritt vom Verlöbnis ist jedoch kein Rechtsgeschäft, kein Vertrag im Sinne der h. L.; denn dem Vertrag als einer Vereinigung von Willenserklärungen ist es wesentlich, daß der Inhalt der zu ihm gehörigen Willenserklärungen für die angeknüpfte Rechtsfolge in gewissem Umfange maßgebend ist.[3] Sind nun die Folgen des Rücktritts — der Ersatzanspruch des Verlobten — von dem zurücktretenden anderen Verlobten gewollt dergestalt, daß er durch Abgabe der Rücktrittserklärung zugleich den Anspruch des anderen Verlobten auf Schadensersatz anerkennen und sich bereit erklären will, dieser Ersatzpflicht nachzukommen? Sicherlich nicht! Durch den Rücktritt vom Verlöbnis gibt der zurücktretende Verlobte zum Ausdruck, daß er nicht gewillt sei, die Ehe mit dem andern Teil einzugehen. Er will damit die Aufhebung des Verlöbnisses bezwecken, nicht aber damit ein Anerkenntnis abgeben, daß er bereit sei, Schadensersatz zu leisten. Der Begriff des Rücktritts, wie er in §§ 346 ff. festgelegt ist, ist hier nicht derselbe, und es können demgemäß die dort verordneten Vorschriften und Wirkungen keineswegs schlechthin übernommen werden. Der Begriff des echten Rücktritts beruht darauf, daß ein gesetzliches oder vertragsmäßiges Recht hierzu begründet ist. In den Fällen der §§ 1298 I, 1299 dagegen ist von einem Rechte zum Rücktritt gar nicht die Rede, es handelt sich vielmehr um einen widerrechtlichen Bruch des Verlöbnisses. Die Wirkungen dieser Handlung des zurücktretenden Verlobten treten nicht als natürliche oder gewollte Folgen des Bruches des Verlöbnisses ein, sondern weil sie das Gesetz in §§ 1298 ff. an den Rücktritt vom Verlöbnis knüpft. Sie sind also unabhängig von dem Willen des zurücktretenden Verlobten wirksam. Der Rücktritt vom Ver-

[1] So Planck, § 1298, Bem. 13; ähnlich Dernburg, § 7, III und Eltzbacher, S. 181 ff.

[2] So Staudinger, Vorbem. V E vor § 1297, Wolff, § 6 III u. a.

[3] Vgl. Kommissionsbericht, S. 78.

löbnis ist somit kein Vertrag, sondern eine die Aufhebung des Verlöbnisses herbeiführende Rechtshandlung.

Der Rücktritt als solcher ist formfrei. Er kann durch ausdrückliche Erklärung seitens des zurücktretenden Verlobten erfolgen, kann aber auch durch eine konkludente Handlung, z. B. Abreise, Sich-fernhalten usw. erklärt werden. Erforderlich ist nur, daß er zur Kenntnis des anderen Verlobten gelangt.

II. 1. Die Frage, ob volle Geschäftsfähigkeit beim Rücktritt vom Verlöbnis erforderlich ist, richtet sich nach den Vorschriften, denen das Verlöbnis selbst unterliegt. Da das Verlöbnis ein Vertrag (familienrechtlicher Natur) ist, kann ein Geschäftsunfähiger ein solches nicht eingehen. Gleiches gilt deshalb auch für den Rücktritt vom Verlöbnisvertrag. Keine Anwendung dagegen finden die Vorschriften über die Willenserklärungen der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Personen. Denn die Ehe kann nicht geschlossen werden ohne den persönlichen Willen des in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Verlobten; die Weigerung desselben, die Ehe zu schließen, macht diese unmöglich und muß für sich allein und ohne Rücksicht darauf, ob der gesetzliche Vertreter zustimmt oder nicht, die Wirkung des Rücktritts haben.[4]

2. Wie bei allen vorher erwähnten sittlichen Rechtshandlungen, so ist auch beim Rücktritt vom Verlöbnis als einer höchstpersönlichen Handlung eine Vertretung im Willen ausgeschlossen, jedoch eine Übermittlung der Erklärung des Willens möglich.[5]

3. Abschnitt.

Die Rechtshandlungen mit erheblichen inneren Tatsachen.

Die dritte große Gruppe von Rechtshandlungen bilden diejenigen Handlungen, deren Tatbestand nicht mit der Verwirklichung eines äußeren Erfolges erfüllt ist, zu deren Wirksamkeit das Gesetz vielmehr außerdem noch eine innere Tatsache irgendwelcher Art verlangt. Sie erfordern somit ein objektives Moment, die tatsächliche äußere Handlung, und die subjektive Stellungnahme des Handelnden hierzu.

---

[4] Vgl. RG. Bd. 98, S. 14 ff.; Planck, § 1218. Bem. 13. a. A. Staudinger, a. a. O.; Wolff, § 6 III, Note 3.

[5] Vgl. Staudinger, a. a. O. Vorbem. V e vor § 1297 und die dort angegebene Literatur.

§ 1. Die Begründung und Aufgabe des Wohnsitzes.

I. Die Begründung und Aufgabe des Wohnsitzes gemäß §§ 7 ff. ist eine Handlung, insofern es sich um das domicilium voluntarium handelt. Bei dem für die Ehefrau, für Kinder und für Militärpersonen bestehenden domicilium necessarium wird auf das Vorliegen irgendwelcher Wohnsitz begründender bzw. aufhebender Handlungen verzichtet. Die Wirkung der Wohnsitzbegründung bzw. -aufhebung schließt sich hier an einfache andere Tatsachen und Beziehungen an.[1]

Was das Wesen der Wohnsitzbegründung und -aufgabe anbelangt, so herrscht in der neuesten Literatur weitgehende Übereinstimmung. Daß die Wohnsitzbegründung und -aufgabe nicht Rechtsgeschäfte, sondern Rechtshandlungen sind, wird heute im Schrifttum nicht mehr bestritten. Liegen die in § 7 BGB. geregelten Tatbestände der „ständigen Niederlassung" bzw. „Aufhebung der Niederlassung mit dem Willen sie aufzugeben" vor, so treten die Rechtswirkungen ex lege ein, also unabhängig von dem Willen des sich Niederlassenden bzw. des die Niederlassung Aufhebenden.

In diesen in §§ 7, 8 erwähnten Tatbeständen wirken zwei Momente zusammen: Zunächst muß die tatsächliche Niederlassung bzw. die tatsächliche Aufhebung der Niederlassung an einem Orte, z. B. durch Beziehen oder Aufgeben einer Wohnung bewerkstelligt sein. Mit dem bloßen körperlichen Aufenthalt wird jedoch der Tatbestand der ständigen Niederlassung bzw. der Aufgabe der ständigen Niederlassung nicht erfüllt. Es muß zu dieser tatsächlichen Handlung noch die subjektive Stellungnahme des Handelnden, nämlich der Wille, sich niederzulassen bzw. die Niederlassung aufgeben zu wollen, treten. Das Gesetz selbst erfordert in § 7 III dieses subjektive Willensmoment. Es stellt sich dar als eine Voraussetzung der Wirksamkeit der tatsächlichen Niederlassung oder Aufgabe derselben oder wie Klein[2] sagt, „die tatsächliche Niederlassung bzw. Aufgabe der Niederlassung sind nur als Perfektion des Domizilwillens aufzufassen." Dieser Wille, der nicht auf die in § 7 ff. bestimmten Folgen der Wohnsitzbegründung und -aufgabe, wohl aber darauf gerichtet sein muß, einen Ort zum Mittelpunkt der allgemeinen Lebensverhältnisse zu machen bzw. den Wohnsitz aufzugeben, braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. Dem Gesetz

[1] Vgl. Manigk, S. 678.
[2] a.a.O., S. 66.

genügt es vielmehr, und es ergibt sich deutlich aus dem Wortlaut des § 7, daß der Domizilwille oder der Wille, die Niederlassung aufzugeben, als innere Tatsachen vorhanden sind. Deshalb muß im Streitfall dieser Wille „positiv bewiesen werden und die Willensentscheidung nach freier richterlicher Prüfung aus den Umständen und Geschehnissen festgestellt werden."[3]

Die Wohnsitzbegründung und ihre Aufgabe ist eine Rechtshandlung.[4] Sie wird auch nicht dadurch zu einem Rechtsgeschäft, daß der in ihr erhebliche Wille erklärt wird. Mag jemand der Behörde mitteilen, er habe seinen Wohnsitz in X. begründet, so hat diese Mitteilung als Willenserklärung niemals die Kraft der Wohnsitzbegründung. Hat er bei seiner Niederlassung der Behörde oder sonst ausdrücklich erklärt, daß er nicht einen Wohnsitz begründen wolle, so würde er ihn ex lege gem. § 7 doch dort haben, sobald er sich ständig niedergelassen hat.

II. 1. Mit Rücksicht auf die Willensseite der Wohnsitzbegründung und -aufgabe setzen sie eine Willens- oder Handlungsfähigkeit voraus, welche nicht identisch ist mit Geschäftsfähigkeit. Da die tatsächliche Niederlassung oder Aufgabe derselben erst durch einen bestimmten Willen rechtliche Bedeutung als Entstehungs- oder Aufhebungsgrund des Wohnsitzes erhält, so wird insofern nach § 8 die Initiative zur Wohnsitzbegründung oder Aufgabe nicht vom gesetzlichen Vertreter, sondern vom Vertretenen ausgehen, vorausgesetzt, daß derselbe aus natürlichen Gründen hierzu in der Lage ist.[5]

Bei der Begründung oder Aufgabe des Wohnsitzes Geschäftsunfähiger oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkter Personen sind zwei Fragen auseinander zu halten: die Frage, unter welchen Voraussetzungen durch eigene Handlung dieser Personen ein Wohnsitz begründet und aufgegeben werden kann, und die Frage, ob dies auch lediglich durch eine Handlung des gesetzlichen Vertreters geschehen kann. § 8 beantwortet nur die erste Frage. Danach soll der Wille eines Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten nicht genügen, um die hier fragliche Rechtswirkung hervorzubringen. Vielmehr soll auch der Wille des ge-

[3] So Crome I, § 46, Note 7; Manigk, S. 680.

[4] So Staudinger, § 8, Bem. 1; Planck, § 8; RGRKomm. § 8, Bem. 1; Fischer-Henle, S. 4 und die ges. einschl. Literatur.

[5] Vgl. Staudinger, § 7, Bem. 3.

setzlichen Vertreters erforderlich sein. Der Wille des gesetzlichen Vertreters ist in § 8 gedacht als Ergänzung der an sich zur wirksamen Wohnsitzbegründung und -aufgabe ungenügenden eigenen Handlung des Geschäftsunfähigen oder Geschäftsbeschränkten. Denn § 7 handelt nicht von der Wohnsitzbegründung und -aufgabe durch den gesetzlichen Vertreter, sondern durch den Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten. Von diesen wird gesagt, daß sie des Willens des gesetzlichen Vertreters bedürfen. Der Wille des gesetzlichen Vertreters setzt daher die den Wohnsitz betreffende Handlung des Vertretenen als einen tatsächlichen Vorgang voraus. Rechtswirksamkeit erlangt diese aber erst durch das Hinzukommen des Willens des Vertreters. Aus § 8 ist aber nicht der Schluß zu ziehen, daß der gesetzliche Vertreter nicht auch ohne den Willen des Vertretenen für ihn einen Wohnsitz begründen könne.[6] Das objektive Moment muß freilich stets in der Person des Vertretenen gegeben sein und deshalb handelt es sich hier nicht um den Fall der Stellvertretung. Aber der Wille braucht nur beim gesetzlichen Vertreter vorzuliegen.[7] Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die Stellung des gesetzlichen Vertreters. Das Recht des gesetzlichen Vertreters, den Aufenthalt des Vertretenen zu bestimmen, wird in §§ 1631, 1800, 1901 ausdrücklich anerkannt. Wollte man dies nicht auch auf den Wohnsitz beziehen, so würde eine bedenkliche Lücke entstehen.

2. Die Frage, inwieweit bei der Wohnsitzbegründung und -aufgabe gewillkürte Stellvertretung und Vertretung ohne Vertretungsmacht möglich ist, ist umstritten. Enneccerus,[8] Dernburg[9] und Oertmann[10] wollen auf die Wohnsitzbegründung und -aufgabe die Stellvertretungsgrundsätze entsprechend anwenden. Hölder,[11] Manigk,[12] Klein[13] und v. Tuhr[14] dagegen lehnen diese Ansicht ab.

---

[6] Vgl. Planck, §8; a. A. Hölder, Allg. T. §8, Bem. 2; Manigk, S. 684.
[7] So Planck, § 8; Oertmann, § 8, Bem. II b, Leonhard, Allg. T., § 68 IV d; v. Tuhr I, S. 430; Isay, Die Geschäftsführung . . ., S. 364 ff.; Dernburg I, § 57, IV 4.
[8] I, § 194, I 3 b.
[9] Dernburg I, S. 158.
[10] § 8, Bem. 2.
[11] § 8, Bem. 1.
[12] S. 694.
[13] S. 74.
[14] S. 371, § 84.

Auszugehen wird sein von der subjektiven Seite der Wohnsitzbegründung und -aufgabe. Das Gesetz erfordert keine ausdrückliche Erklärung des Domizilwillens, sondern es genügt, wenn dieser als innere Tatsache vorhanden ist. Frage ist also: Kann A, der mein Bevollmächtigter in meinen Privatangelegenheiten ist, auch für mich den Domizilwillen haben, sodaß er durch seine tatsächliche Niederlassung für mich Wohnsitz begründet. Sicherlich, wenn ich ihn durch die Vollmacht so frei gestellt habe, daß auch die Begründung eines Wohnsitzes für mich darunter fällt. Das entspricht dem praktischen Bedürfnis. Es ist richtig, wenn Enneccerus[15] sagt: „Weshalb soll ich beim Antritt einer langjährigen Forschungsreise nicht meine Frau ermächtigen können, unter Umständen unseren gemeinsamen Wohnsitz durch tatsächliche Überführung unseres Haushaltes und den Willen dauernder Niederlassung an einen ihr passenden Ort zu verlegen?" Denn in diesem Fall lag in der Vollmacht auch zugleich der übertragene Domizilwille des Ehemanns. Vertretung ist also im Rahmen einer diesbezüglichen weitgefaßten Vollmacht durchaus denkbar.

Jedoch ist Vertretung ohne Vertretungsmacht hier ausgeschlossen, da Voraussetzung der Vertretung der in der Vollmacht des Vertreters enthaltene Domizilwille des Vertretenen ist und dieser nicht nachträglich durch Genehmigung erteilt werden kann.

Gleiches gilt auch für die Aufgabe des Wohnsitzes. Auch bei ihr ist eine solche durch Handlung eines Vertreters im Rahmen einer diesbezüglichen Vollmacht möglich, Vertretung ohne Vertretungsmacht aus den oben genannten Gründen jedoch nicht denkbar.

§ 2. Die Geschäftsführung ohne Auftrag.

I. Zu dieser Rechtshandlungsgruppe gehört auch die Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677 ff. Auch die Geschäftsführung ohne Auftrag erschöpft sich nicht in der bloßen Verwirklichung eines äußeren Erfolges, sei es durch tatsächliches oder rechtsgeschäftliches Handeln, sondern erfordert noch ein subjektives Moment: den Willen des Geschäftsführers, das Geschäft „für einen anderen" vorzunehmen (§ 677). Nur dann, wenn der Geschäftsführer das fremde Geschäft auch als solches betrachtet und führt, kann von der

[15] I § 194, I 3 b.

Führung eines Geschäfts „für einen anderen", von echter negotiorum gestio die Rede sein.

Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist nahe verwandt mit dem Auftrag, indem sie, wie dieser die Führung fremder Geschäfte zum Gegenstand hat. Nur führt der Beauftragte diese auf Grund der vertragsmäßigen Übernahme, der Geschäftsführer ohne solche, aus eigenem Antrieb. Die Verwandtschaft zeigt sich auch geschichtlich darin, daß die actio mandati in Rom erst allmählich aus der umfassenderen actio negotiorum gestorum herausentwickelt zu sein scheint.[1] Dieser Verwandtschaft entspricht es, wenn das BGB. im Gegensatz zum ersten Entwurf die Geschäftsführung hinter den Auftrag gestellt hat, obwohl sie nicht zu den vertragsmäßigen Schuldverhältnissen gehört, sondern höchstens zu den vertragsähnlichen, den obligationes quasi ex contractu im Sinne der Römer.[2]

Daß die Geschäftsführung ohne Auftrag, wie sie sich heute in unserem Gesetzbuche findet, nicht Rechtsgeschäft ist, wird fast einstimmig anerkannt.[3] Die Motive[4] führen aus: „Die Vorschrift des § 752 beruht auf der Auffassung, daß die negotiorum gestio, mag ihr auch die Eigenschaft eines Rechtsgeschäftes im engeren oder eigentlichen Sinn abzusprechen sein, doch schon zu den sog. Rechtshandlungen im weiteren Sinn oder zu den unmittelbar eine Rechtsänderung nach sich ziehenden vorsätzlichen Handlungen, die keine Delikte sind, gehört." Wenn Endemann[5] sagt, daß die Verpflichtungen aus §§ 677, 683 kraft Gesetzes entstünden, wobei ein bestimmter Tatbestand vorausgesetzt werde, und nun die diesen Tatbestand verwirklichende Handlung als eine rechtsgeschäftliche auffaßt, weil die Herstellung dieses Tatbestandes als eines rechtlich normierten gewollt sei und sonst die Grenze verwischt werde gegenüber den zahlreichen Handlungen der

[1] Vgl. Dernburg, Pand. II, § 121.

[2] Die gemeinrechtliche Lehre behandelte die negotiorum gestio bald unter den Forderungsrechten aus vertraglichen Gründen, so Windscheid-Kipp, Pand. II, S. 911 ff., bald im Anschluß an das Mandat, so Dernburg, Pand. II, §§ 378 ff. Das BLR. (Tit. IV, Kap. 13 § 2) betrachtete die negotiorum gestio als Quasi-Kontrakt. Gierke, § 216, Schuldrecht, rechnet die Geschäftsführung ohne Auftrag zu den Schuldverhältnissen aus sozialen Vorgängen.

[3] Staudinger, Vorbem. 2 vor § 677; Planck, Vorbem. IV, vor § 677; Cosack I, § 155. I 4 a; Enneccerus II, § 163, II 3, Anm. 8.

[4] II, S. 860, § 752.

[5] § 178, Anm. 3.

Menschenhilfe, die durchaus nicht eine Verpflichtung im Sinne des § 677 erzeugen wollten, so erwidert ihm Manigk[6] richtig, daß ein Rechtsgeschäft nur da vorliege, wo das Recht die Wirkungen einer Handlung deswegen eintreten lasse, weil diese gewollt seien. Endemann verlange aber nur den auf den Tatbestand gerichteten Willen, während allein der Erfolgswille entscheide. Diesen brauche aber weder der gestor, noch der dominus negotii zu haben.

Im übrigen würde auch die Annahme, die Geschäftsführung ohne Auftrag sei Rechtsgeschäft, zu unerträglichen Ergebnissen führen. Denn wollte man ihr den Charakter einer Willenserklärung beilegen, so müßte man auch eine entsprechende Anwendung der §§ 116 ff. in Betracht ziehen. Hierdurch würde aber jeder Schutz des Geschäftsherrn vereitelt werden. Die Rechtsordnung will das Eintreten für fremde Interessen einerseits begünstigen. Andererseits aber erkennt sie an, daß für den Schutz des nichtswissenden Geschäftsherrn gesorgt werden müsse. Letzteres bewirkt sie durch Bestimmung einer Reihe von Verpflichtungen, die den Geschäftsführer treffen, unabhängig davon, ob er will oder nicht. Rechtsgeschäft ist die Geschäftsführung ohne Auftrag somit nicht, wohl aber eine Rechtshandlung.

Die einzelnen Handlungen, durch welche die Geschäftsführung übernommen und ausgeführt werden kann, können zwar unzweifelhaft sowohl rechtlicher als auch tatsächlicher Natur sein, kommen aber hier nicht als solche, sondern nur insoweit in Betracht, als sie dem Geschäftsführungswillen Ausdruck geben. Dieser selbst aber ist nicht auf die Rechtsfolgen der Geschäftsführung (Verpflichtung zu ordnungsmäßiger Geschäftsführung usw.) gerichtet oder braucht es wenigstens nicht zu sein; er geht vielmehr nur dahin, für einen anderen tätig zu sein, also durch seine Tätigkeit fremde Zwecke und Interessen zu verfolgen. Die in den einzelnen Geschäftsführungsakten und den begleitenden Umständen enthaltene Äußerung ist also eine Rechtshandlung.

II. 1. Inwieweit verlangt nun die Geschäftsführung ohne Auftrag die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsführers? Hierbei ist zu unterscheiden: Vollzieht sich die negotiorum gestio in der Form rechtsgeschäftlichen Handelns, so finden naturgemäß die Vorschriften der §§ 104 ff. bezüglich der Geschäftsfähigkeit beim Abschluß von Rechtsgeschäften Anwendung.

[6] a. a. O., S. 685.

Anders dagegen ist es, wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Vornahme rein tatsächlicher Handlungen besteht. Hier sind nach § 682 Geschäftsunfähige und beschränkt Geschäftsfähige zur Geschäftsführung ohne Auftrag zugelassen. Jedoch ist Voraussetzung hiezu, daß der Geschäftsführende im konkreten Falle die persönliche Fähigkeit besitzt, eine Geschäftsführung wirksam zu vollziehen. Diese Regelung im Gesetz entspricht der Billigkeit und den Erfordernissen des praktischen Lebens. Denn warum soll nicht ein Geschäftsunfähiger bzw. Geschäftsbeschränkter, wenn sich ihm im konkreten Falle die Möglichkeit bietet und er die nötige Einsicht hierzu besitzt, im fremden Interesse tätig werden. Ebenso wie ein Kind Finder einer verlorenen Sache sein kann, ebenso wie es Sachen besitzen, vermischen und umarbeiten kann, so muß es auch fremde Geschäfte führen können. Kommt es doch im tatsächlichen Falle nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern auf die Geschäftsführungsfähigkeit des Handelnden an.[7]

Der geschäftsunfähige bzw. beschränkt geschäftsfähige Geschäftsführer erwirbt gegen den Geschäftsherrn die Rechte aus § 677 ff. Diese werden nicht durch § 682 geschmälert. Das Gesetz tritt in § 682 nur schützend für diese Geschäftsführer ein, indem es sie nicht nach § 276 für jeden verschuldeten Schaden haften läßt, sondern ihnen nur die an die Voraussetzungen der Deliktsfähigkeit geknüpfte Haftung aus einer unerlaubten Handlung oder aus der ungerechtfertigten Bereicherung zumutet. Ein Kind kann also gem. § 828, Abs. 1 aus der Geschäftsführung niemals selbst verpflichtet werden. Der Geschäftsherr muß sich hier mit Ansprüchen gegen den Aufsichtspflichtigen aus § 832 oder mit solchem aus § 812 ff. begnügen. Ein beschränkt geschäftsfähiger gestor haftet jedoch für vollen Schadensersatz, wenn er bei der Geschäftsführung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hatte (§ 828 II) und sich sein Verhalten als unerlaubte Handlung gem. §§ 823 ff. darstellt. Aus Gründen der Billigkeit kann der gestor trotz seiner Unzurechnungsfähigkeit ausnahmsweise zur völligen oder teilweisen Schadloshaltung verpflichtet werden (§ 829).

Auch bei der Frage, ob die von dem gestor in einem der in § 105 Abs. 2 angeführten Zustände vorgenommene Geschäftsführung ohne Auftrag wirksam ist, muß unterschieden wer-

[7] Vgl. Klein, S. 89.

den, ob dieselbe im Abschluß eines Rechtsgeschäftes oder in einer tatsächlichen Verrichtung liegt. Vollzieht sich die negotiorum gestio in einem Falle des § 105 II durch den Abschluß eines Rechtsgeschäftes, so ist dieses nichtig und folglich eine wirksame Geschäftsführung ausgeschlossen. Nimmt aber der gestor durch Ausübung einer tatsächlichen Handlung die Geschäftsführung vor, so ist wieder zu unterscheiden: Befindet er sich in einem Zustande der Bewußtlosigkeit, so kann er nicht wirksam, d. h. mit Bewußtsein tätig werden. Die Geschäftsführung ohne Auftrag ist also ausgeschlossen. Vollzieht er dagegen die negotiorum gestio in einem Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit, dann ist die gestio, falls der gestor das Bewußtsein und die Einsicht hatte, sein Handeln diene fremdem Interesse, wirksam. Der vorübergehend Geistesgestörte ist also in diesem Fall bezüglich des Geschäftsführungswillens einem Geschäftsunfähigen gleichzusetzen.

2. Bei der Frage, ob und inwieweit eine Vertretbarkeit bei der Geschäftsführung ohne Auftrag möglich ist, ist auch hier das subjektive Moment dieser Rechtshandlung in den Vordergrund zu stellen. Ist es möglich, daß der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen für diesen den Willen haben kann für einen anderen und im Interesse eines anderen ein Geschäft zu führen? Schon das Aufwerfen der Frage zeigt die Unmöglichkeit einer solchen Vertretung. Den Geschäftsführungswillen kann nur der haben, der tatsächlich auch das Geschäft ausführen will. Gesetzliche oder gewillkürte Stellvertretung ist deshalb hier ebenso ausgeschlossen, wie eine Stellvertretung ohne Vertretungsmacht begrifflich unmöglich ist.

§ 3. Die Besitzerwerbs- und -aufgabehandlungen.

A. In diese Gruppe gehören auch die Besitzerwerbshandlungen, insofern auch bei diesen nicht nur der äußerlich geschaffene Tatbestand der Gewalt,[1] sondern auch ein Wollen des Subjekts entscheidend ist. Hier fällt zunächst der Übergang des unmittelbaren Besitzes ins Auge.

Der unmittelbare Besitz geht auf einen anderen über durch Einzelnachfolge oder durch Gesamtnachfolge. In beiden Fällen spricht das Gesetz von einer Rechtsnachfolge (§§ 221,

[1] Die Besitzgründung als solche ist auch keine Willenserklärung im technischen Sinn, vielmehr eine Rechtshandlung und zwar ein Realakt (vgl. Staudinger, § 854 I 2c; Wolff, § 10 IV; Manigk S. 652).

861 II, 862 II, 943, 999). Die Einzelnachfolge, die hier zur Erörterung steht, beruht entweder auf körperlicher Übergabe oder unter gewissen Voraussetzungen auf einer schlichten Einigung (§ 854 II).

Sieht man ab von dem Vorgang rein originärer Besitzgründung, so muß betont werden, daß alle Fälle der Besitzübertragung, so verschieden sie zu sein scheinen, doch inhaltlich wesensgleich sind und nur geringe Unterschiede aufweisen. Die Übergabe von Hand zu Hand und der Erwerb nach § 854 II bilden die beiden Extreme, zwischen denen in langsamen Übergangsstufen das körperliche und räumliche Gewaltenverhältnis immer mehr sich verflüchtigt und dafür das Willenselement immer deutlicher in den Vordergrund rückt. Darum ist aber weder im Falle der Besitzübertragung nach § 854 II das körperliche Moment ganz verschwunden,[2] noch im Falle der Übergabe von Hand zu Hand das Willens- und Einigungselement ausgeschaltet. Vielmehr liegt schon in der gewöhnlichen Besitzverschaffung durch körperliche Übergabe, bei der der frühere Besitzer dem Erwerber die Sache aushändigt und damit mit den körperlichen Besitz überträgt, eine Willenseinigung.

Das ist freilich heute ebenso bestritten, wie schon im gemeinen Recht. Ja sogar die römischen Quellen lassen in diesem Punkte Meinungsverschiedenheiten erkennen. Man hat heute so gut wie im früheren Recht zu unterscheiden zwischen einseitiger Dereliktion mit nachfolgender Okkupation[3] und dem Vorgang, bei dem beide in eine gewisse Abhängigkeit voneinander gebracht werden, so daß der Besitzer seinen Besitz nicht unter allen Umständen aufgibt, sondern nur, damit eine bestimmte andere Person ihn erwerbe.[4]

Jede Besitzübertragung beruht auf einer Einigung. Die Einigung besteht aus der Äußerung des Besitzaufgabe- und zugleich des Besitzübertragungswillens durch den Tradenten und aus der mit ihr verbundenen Willensäußerung des Emp-

[2] Es ist allerdings beschränkt auf die bloße Möglichkeit der Ausübung tatsächlicher Gewalt über die Sache. Vgl. Bruns, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, S. 65 ff.

[3] Vgl. Dernburg, Pand. I, § 177.

[4] Für einen Konsens bei der Tradition haben sich Ulpian (l. 34 pr. D. 41, 2) und Papinian (l. 18 pr. D. 43, 16) entschieden (vgl. hierzu Stellungnahme Sokolowskis, Die Philosophie im Privatrecht Bd. II, Der Besitz im klassischen Recht, S. 417 ff.). Gegen die Annahme eines Konsenses wird die Ansicht des Celsus in l. 18 § 1 D. 41, 2 angeführt (vgl. hierzu Windscheid, Pand. § 156, Anm. 10).

fängers, den Besitz an der ihm übergebenen Sache nach dem Willen des Tradenten erwerben zu wollen.[5] Diese Willenseinigung ist das einzige Element, das alle Besitzübertragungen, mag es sich um unmittelbaren oder mittelbaren Besitz handeln, mit einander gemeinsam haben. Es ergibt sich unmittelbar aus dem allgemeinen Erfordernis des Besitzwillens.[6] Beide, der Wille des Tradenten und der des Empfängers treten sich nicht unvermittelt gegenüber, sondern stehen in einer gewissen Wechselbeziehung: der Tradent will den Besitz nicht schlechthin aufgeben, sondern ihn übertragen, der Empfänger nicht schlechthin Besitz erwerben, sondern ihn nur als einen vom Tradenten übertragenen oder eingeräumten erwerben. Es sind also zwei gleichgerichtete Willen, die in ihrer vertragsähnlichen Vereinigung die Besitzübertragung, den derivativen Besitzerwerb ausmachen.

B. I. Bei dem Grundfall der Besitzübergabe, der Übergabe von Hand zu Hand, § 854 I tritt naturgemäß die Einigung der Parteien vor dem Akt der Aushändigung in den Hintergrund. Es erhebt sich nun die Frage, ob die auf Besitzübertragung gerichteten Handlungen der Parteien den Charakter von Rechtsgeschäften haben.

Da, wie schon oben ausgeführt, der Wille des Tradenten und des Empfängers in einer Wechselbeziehung sich gegenüber stehen, so liegt die Annahme eines Vertrages nahe.[7] Hingegen spricht die ganz überwiegende Ansicht der Rechtslehre dem einseitigen Besitzerwerb wie dem auf der Tradition beruhenden, der Besitzaufgabe wie der -übergabe den Rechtsgeschäftscharakter ab.[8]

Zunächst kann bei der Besitzübertragung durch körperliche Übergabe deshalb keine Willenserklärung vorliegen, weil der Besitzwille kein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille ist. Denn es ist zu beachten, daß einmal der Wille des früheren Besitzers und des Erwerbers auf nur rein tatsächliche Dinge, nämlich die Herstellung der tatsächlichen Gewalt

[5] So Cosack I, S. 116; Fischer-Henle, § 854; Stöver in Arch. f. Bgl. Recht, Bd. 26, S. 167; Strohal in Iher. Jb., Bd. 38, S. 58 ff.

[6] Auch die Vertreter gegenteiliger Ansicht geben zu, daß zur Besitzübertragung der Wille des Tradenten erforderlich sei. So bezeichnet Manigk, S. 660 den derivativen Erwerb als das „mit dem Willen des Vorbesitzers beim Erwerber hergestellte Gewaltverhältnis."

[7] So Rümelin, Das Selbstkontrahieren des Stellvertreters, S. 96 ff.; Bekker, Das Recht des Besitzes, S. 300 ff.

[8] So Wolff, § 11 I; Klein, S. 99 ff.; v. Tuhr II 1, S. 113; Manigk, S. 656 ff.; Bruns, a.a.O., S. 78 ff.; Kniep, Der Besitz, S. 93.

bzw. der Aufgabe derselben über die Sache gerichtet ist. Wenn A dem B eine Sache übergibt, so sind sich zwar beide darüber einig, daß die Sache von nun an aus dem Herrschaftsbereich des A ausscheiden und daß B diese nun „besitzen" soll. Damit ist oder braucht nicht gewollt zu sein, daß B nun auch juristischen Besitz erwerben soll. Die Folge, daß nun B im Sinne des Gesetzes Besitzer der Sache geworden ist, tritt primär deshalb ein, weil das Gesetz sie anordnet. Nur zu leicht ist man geneigt bei einer ganzen Reihe von Äußerungen in unserem Zivilrecht von Willenserklärungen, Rechtsgeschäften zu sprechen, weil hervorragendes Merkmal an ihnen ein auf ein gleiches gerichteter Wille mehrerer Personen ist. Jedoch — und das muß immer wieder betont werden — kann von Willenserklärungen nur dort gesprochen werden, wo ein rechtsgeschäftlicher Erfolgswille gegeben ist, um dessen und allein um dessen willen der Erfolg der Äußerung eintritt. Von einem solchen kann aber bei der Besitzübertragung keine Rede sein.[9] Überdies brauchen die beiden gleichgerichteten Willen überhaupt nicht erklärt zu werden. Klein[10] führt aus: daß A, wenn er dem B an einer Sache den Besitz verschaffen wolle, diese nur im Hause des B niederzulegen brauche. Damit nun B den Besitz an dieser Sache erwerbe, sei nicht erforderlich, daß er sich zu dieser erklärungslosen Handlung des A äußere, vielmehr nur, daß er den inneren Willen habe, die tatsächliche Gewalt über die Sache herzustellen und sich dieser Wille in B's Verhalten widerspiegele. Eine Erklärung der beiden gleichgerichteten Willen sei nicht nötig. Auch dieses Beispiel Kleins zeigt, daß man von einem rechtsgeschäftlichen Willen hier nicht sprechen kann. Die Besitzübergabe ist deshalb nicht Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung und zwar fällt sie wegen ihres ausgesprochenen subjektiven Momentes unter die vorliegende Rechtshandlungsgruppe.

II. 1. Was nun das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit bei dieser Rechtshandlung anbelangt, so sind die Meinungen geteilt. Bruns[11] verlangt volle Geschäftsfähigkeit auf Seiten des

[9] So die in S. 63, Note 8 angeführten Schriftsteller. Hervorzuheben ist im übrigen, daß der Besitzerwerb auch dann eintritt, wenn ihn der Erwerber gar nicht für sich selbst, sondern für einen andern will. Die Rechtsfolge des Besitzerwerbes tritt rein ex lege durch Begründung der tatsächlichen Gewalt über eine Sache ein. Vgl. Beispiel S. 66.

[10] a.a.O., S. 100.

[11] Bruns a.a.O., S. 82 ff.; ebenso Klein, S. 103; Planck, S. 387; v. Tuhr, II 1 § 59, S. 361.

Veräußerers. Gegenteiliger Ansicht sind Enneccerus-Wolff,[12] Manigk,[13] Dernburg[14] und Gierke.[15] Nach ihnen soll die das „Abhandenkommen" ausschließende Übergabe möglich sein bei „tatsächlicher Willensfähigkeit", wie sie dem Minderjährigen, nicht aber dem Geisteskranken zukomme. Ein Kind soll also dem Kinde „übergeben" können. Sei die Übertragung deswegen nichtig, weil ein wirksamer Übertragungswille (z. B. bei der Aushändigung durch einen Idioten) nicht vorhanden sei, so bleibe immer noch statt einer Übertragung hier ein Besitzverlust, dort ein originärer Besitzerwerb übrig.[16] Diese Unterscheidung erscheint ungerechtfertigt; denn das Gesetz schützt Kinder ebensosehr gegen die Folgen nachteiligen Handelns wie Geisteskranke. M. E. erfordert die Sicherheit jeglichen Geschäftsverkehrs volle Geschäftsfähigkeit bei der Übertragung des Besitzes durch körperliche Übergabe auf der Seite des Veräußerers: einerseits um einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen vor den Folgen nicht voll bewußten und unbedachten Handelns zu schützen, andererseits dem voll geschäftsfähigen Erwerber fehlerfreien Besitz zu verschaffen. Dagegen steht einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen, soweit er willensfähig ist, d. h. soweit er sich der Bedeutung der Handlung bewußt und fähig ist, zu ihr Stellung zu nehmen, nichts im Wege als Erwerber Besitz zu empfangen. Das ergibt sich aus dem Grundsatz des Gesetzes Geschäftsunfähige bzw. beschränkt Geschäftsfähige vor für sie nachteiligem Handeln zu schützen. Einer Erlangung eines rechtlichen Vorteils ihrerseits legt es aber nichts in den Weg.

2. Stellvertretung im eigentlichen Sinn ist auch beim Besitzerwerb nicht möglich. Der Besitzerwerb, wenn er gemäß § 854 I durch körperliche Übergabe erfolgt, ist eine Rechtshandlung. Er erfordert die Erlangung der tatsächlichen Gewalt und setzt den inneren Besitzwillen des Erwerbers oder den Besitzaufgabewillen des Veräußerers voraus. Jedoch knüpft das Gesetz unabhängig von diesem Willen der beteiligten Personen die Rechtsfolge, nämlich den Besitzerwerb auf der einen, bzw. die Besitzaufgabe auf der andern Seite allein an den Tatbestand der Erlangung der tatsächlichen Ge-

[12] III § 11, I, S. 32.
[13] S. 694.
[14] III § 103, Anm. 2.
[15] II § 105, Anm. 18.
[16] So Wolff a. a. O., S. 32.

walt bzw. an die Aufgabe derselben. Wenn also A, der für B Besitz erwerben will, die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt, so ist er Besitzer im Sinne des § 854 I, auch wenn er den Besitz gar nicht für sich selbst will. Denn er kann nicht durch seinen Willen bewirken, daß der Besitz an der in seiner Gewalt befindlichen Sache nun nicht ihm, sondern dem A zustehen solle. Das Gesetz nimmt ihm durch die Bestimmung des § 854 I diese Möglichkeit. Eine Anwendung der Vorschriften der §§ 164 ff. ist deshalb nicht denkbar.[17]

Das Gesetz selbst hat aber der Frage der Besitzausübung für einen anderen auf andere Weise Rechnung getragen. Es hat an Stelle der unanwendbaren Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Stellvertretung Bestimmungen aufgestellt, nach denen an Stelle des „Vertreters" oder neben ihm ein anderer Besitz erwerben kann. Ersteres findet statt, wenn dieser „Vertreter" zu dem von ihm „vertretenen" Geschäftsherrn in einem Abhängigkeitsverhältnis steht und infolgedessen als Besitzdiener für diesen Besitz erwirbt (§ 855), letzteres, wenn zwischen den „Vertretenen" und dem anderen, dem „Vertreter" ein Rechtsverhältnis besteht vermöge dessen der Besitzerwerb des „Vertreters" zugleich mittelbaren Besitz für den „Vertretenen" begründet (§ 868). In beiden Fällen aber ist der „Vertreter" nicht Stellvertreter des von ihm „Vertretenen", weil der Besitzerwerb des „Vertretenen" nicht von seinem Willen abhängt und er auch nicht im Namen des „Vertretenen" zu handeln braucht. Im übrigen steht selbstverständlich einer Mitwirkung des gesetzlichen Vertreters beim Besitzerwerb für den von ihm Vertretenen nichts im Wege. Ein Geschäftsunfähiger bzw. in der Geschäftsfähigkeit Beschränkter kann somit mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters wirksam Besitz übertragen.[18]

[17] Ebenso wie für das gemeine Recht wird für das heutige Recht die Möglichkeit der Stellvertretung im Besitzerwerb verneint. Vgl. Mot. III, S. 89; Sokolowski a.a.O.; ferner Klein, S. 72; Manigk, S. 694; Warneyer, § 854 III 2; v. Tuhr, § 84, S. 369 ff.; Bruns, S. 88; a.A. Kreß, Besitz und Recht, S. 226, der ausführt, die rechtsgesch. Stellvertretung im Besitzerwerb sei nicht zu entbehren, da die natürliche Stellvertretung durch einen natürlichen Besitzdiener völlig unzureichend sei. Vgl. im übrigen zu dieser Frage Windscheid § 155 und Kipp daselbst S. 788; ferner Gaius II 95, Instit. 2, 9, 5; Savigny, Besitz, 7. Aufl. S. 315 ff.

[18] Auch die Besitzaufgabe gem. § 856 I ist eine Rechtshandlung mit erheblichen inneren Tatsachen. Da sie sich in ihrer rechtlichen Natur in nichts von dem Besitzerwerb in § 854 I unterscheidet und z. T. bei diesem mitbesprochen wurde, beziehe ich mich auf das vorher beim Besitzerwerb durch körperliche Übergabe Gesagte.

C. I. Während man nun der gewöhnlichen Übergabe den Rechtsgeschäftscharakter abspricht, soll die qualitativ von ihr durchaus nicht verschiedene Besitzverschaffung nach § 854 II Vertragscharakter tragen, echte Willenserklärung und wahres Rechtsgeschäft sein.

Die Einigung, von der wir oben nachzuweisen versucht haben, daß sie jeder Besitzübertragung zugrunde liegt, ist in § 854 II ausdrücklich erwähnt und zum Besitzerwerb für genügend erklärt. Hier, wo die reale Übergabe und damit der gleichzeitige originäre Besitzerwerb des Empfängers wegfällt, tritt die Einigung der Parteien in den Vordergrund. Das körperliche Element des Besitzerwerbs hat sich nahezu verflüchtigt; die bloße objektive Möglichkeit der Gewaltausübung über die Sache genügt. Sie ist die Voraussetzung, daß die bloße Willenseinigung des Verlierers und des Erwerbers sofort Besitz überträgt. In der Einigung liegt einerseits die erklärte und gewollte Besitzaufgabe des Tradenten, andererseits der erklärte Besitzergreifungswille des Erwerbers. Ein bloßer Entschluß zur Besitzaufgabe, der nicht irgendwie nach außen hin durch entsprechendes Verhalten geäußert wird, genügt zum Besitzverlust ebenso wenig wie zum Besitzerwerb der bloße, wenn schon erklärte, aber nicht verwirklichte Wille, eine Sache zu besitzen. Diese zwei einseitigen Entschlüsse vermögen nach den allgemeinen Regeln über den Besitz die Besitzverhältnisse an einer Sache nicht zu ändern. Die Einigung muß also mehr sein als die beiden Entschlüsse; sie muß auch mehr sein als die bloße Ermächtigung des Erwerbers durch den Tradenten, sich in den Besitz der Sache zu setzen, wodurch die Besitzergreifung des Erwerbers sich nicht mehr als verbotene Eigenmacht darstellt.[19] Die Einigung soll ja gerade den Besitzübergang auf den Erwerber bewirken, ohne daß dieser selbst irgendeine Besitzergreifungshandlung vornimmt. Nach der objektiven Sachlage, bei der die Sache sich in dem Einwirkungsbereich beider Teile befindet und der einmal begründete Besitz des Verlierers nicht ohne weiteres endet, müßte das Gesetz den Besitz dem bisherigen Besitzer zuweisen, ohne den Willen des Erwerbers zu berücksichtigen. Hier geht jedoch das Gesetz von seinem allgemeinen Prinzip, daß Besitz nicht schon durch Willensäußerung, sondern erst durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch den Erwerber begründet wird, ab und

[19] Vgl. Manigk, S. 660.

gibt dem ausdrücklich erklärten Willen des Tradenten, zugunsten des Erwerbers seinen Besitz aufzugeben und dem ausdrücklich erklärten Willen des Empfängers in ihrer vertragsähnlichen Verbindung die Wirkung des Besitzübergangs. Diese Erklärungen sind das Äquivalent für die fehlende Herrschaftsergreifung. Diese sind aber nicht Willenserklärungen, sondern Willensäußerungen, die auf die Herbeiführung eines tatsächlichen Erfolges — Herstellung der tatsächlichen Gewalt — gerichtet sind. Der Wille der Parteien bezieht sich hier immer nur auf das tatsächliche Haben, jedoch nicht auf die Schöpfung des Besitzes mit ihren Rechtsfolgen. „So wenig man Ursache und Wirkung verwechseln darf, darf man Besitz als Rechtsverhältnis und tatsächliches Haben verwechseln. Ebenso wenig ist der nur auf das Haben als reine Tatsache gerichtete Wille, wo er überhaupt erheblich ist, identisch mit einem etwa auf Besitz als Rechtsverhältnis gerichteten Willen, den man als rechtsgeschäftlichen Erfolgswillen ansprechen müßte."[20] Liegt aber ein solcher auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteter Wille der beteiligten Personen vor und ist der Erwerber in der Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, so tritt die Rechtsfolge — Erwerb des fehlerlosen Besitzes — ex lege ein. Die Einigung ist deshalb kein Rechtsgeschäft, sondern eine Rechtshandlung.[21]

II. 1. Hinsichtlich der persönlichen Fähigkeit zur Vornahme der Besitzübertragung durch Einigung wird man, wie bei dem von ihr qualitativ durchaus nicht verschiedenen Besitzerwerb durch Übergabe von Hand zu Hand, den Schutz geschäftsunfähiger und in der Geschäftsfähigkeit beschränk-

[20] Manigk, S. 691.

[21] Planck, § 854, Bem. 3a hält die Einigung deshalb für ein Rechtsgeschäft, weil für sie das Gleiche gelten müsse, wie für die sachenrechtliche Einigung. Das ist jedoch nicht richtig, denn die besitzrechtliche Einigung ist nicht wesensgleich mit der sachenrechtlichen Einigung, die dinglicher Vertrag und Rechtsgeschäft ist. Die besitzrechtliche Einigung aber wirkt nicht dinglich und folgt in ihrer rechtlichen Gestaltung dem Besitz, der kein dingliches Recht ist. Im übrigen halten die Einigung für eine Rechtshandlung: Cosack II §7, I 1; Rosenberg, S. 33; Goldmann-Lilienthal, II, § 2, N. 4; Manigk, S. 659 ff.; Eck, Vorträge, II. Bd., S. 19, Anm. 1; von Tuhr II 1, S. 113; Sohm, § 7 a.a.O.; Kreß a.a.O., S. 316; Fischer-Henle, § 854; Zitelmann in Iher. Jb. Bd. 70, S. 27; Bruns, S. 92; Kniep a.a.O., S. 93; Klein, S. 100 Für Rechtsgeschäft halten sie Warneyer, § 854 III 2; Crome III, S. 40; Hedemann, Sachenrecht, S. 126, Bem. b. Stöver in Arch. f. Bgl. Recht, Bd. 26, S. 168; Endemann II 1, S. 206, Anm. 29; Gierke II, S. 255.

ter Personen in Betracht ziehen müssen. Der nicht voll Geschäftsfähige wird Besitz durch Einigung nicht tradieren können. Hingegen wird die Erwerbsfähigkeit auch hier, wie beim gewöhnlichen Besitzerwerb, von geringeren Fähigkeiten abhängig zu machen sein. Ein Kind wird, soweit es die natürliche Fähigkeit hat und in der Lage ist, Besitz an Gegenständen, die sich in seinem Herrschaftsbereich befinden, erlangen. Die Einigung kommt dann zustande durch eine Willensäußerung des Vorbesitzers und durch eine solche des Kindes bzw. eine symbolische Handlung desselben, z. B. durch das tatsächliche Gebrauchmachen von einem Gegenstand.[22]

2. Daß rechtsgeschäftliche Stellvertretung bei der Einigung möglich ist, wird kaum bestritten. Jedoch gibt es verschiedene Meinungen, welcher Art diese Vertretung sein soll. Die herrschende Meinung[23] hält die Anwendung der §§ 164 ff. für uneingeschränkt möglich, da die Einigung Willenserklärung und echtes Rechtsgeschäft sei. Auf diese Ansicht einzugehen, erübrigt sich, da wie schon erwähnt, nach unserer Ansicht die Einigung Rechtshandlung ist. Die Vertreter der anderen Meinung lehren, die Anwendung der rechtsgeschäftlichen Vorschriften über die Stellvertretung sei wohl möglich, jedoch nur im Rahmen der sich aus dem Besitzrecht ergebenden Modifikationen.[24] Manigk[25] lehnt als einziger die Stellvertretung bei der Einigung ab. Zu Unrecht! Wesen der Einigung ist, wie bei allen Rechtshandlungen, mit erheblichen inneren Tatsachen, die strenge Verknüpfung eines inneren Vorganges mit einer äußeren Handlung oder Tatsache. Das äußere Moment hat sich zugunsten des inneren Vorganges bei der Einigung nahezu ganz verflüchtigt, es ist aber immer noch insoweit erheblich als „der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben" (§ 854 II). Es bildet somit die zweite Voraussetzung zum Besitzerwerb nach § 854 II. Wenn A mein Bevollmächtigter ist, so ist Bedingung nach dem Wortlaut des § 854 II für jede Vertretung, daß weder ein Dritter noch auch der für mich handelnde A die betreffende Sache besitzt, sie also nicht selbst im Be-

[22] So Cosack II, § 7 I 1 und v. Tuhr, § 59, S. 361. Nicht richtig dagegen Manigk, S. 692, der zur Einigung nur eine Willensäußerung des Vorbesitzers für erheblich hält.

[23] Vgl. S. 68, Anm. 21.

[24] So Bruns, S. 94 ff.; Kreß, S. 316; Klein, S. 172.

[25] a. a. O., S. 694.

reich seiner Machtausübungssphäre hat, sondern daß ich in der Lage sein muß, die Gewalt über die Sache auszuüben. Die Ausführung dieses Umstandes zeigt allerdings, daß der Besitzerwerb durch einen Vertreter bei der Einigung von der gewöhnlichen Stellvertretung abweicht und sich nach besonderen besitzrechtlichen Regeln richtet. Da das erste Erfordernis, die Möglichkeit der Gewaltausübung, nur in der Person des Vertretenen selbst eintreten kann, handelt es sich also bei der Tätigkeit des Vertreters allenfalls nur um eine teilweise Vertretung, um eine solche in der bloßen Willensäußerung, durch die die Einigung kundgetan wird. Diese Äußerung ist aber auf der Seite des Erwerbers zugleich Ausdruck des Besitzwillens. Kann nun der Vertreter diesen für den Vertretenen haben? Sicherlich; denn der Erwerbswille des Vertretenen liegt in der Vollmacht enthalten. Zwar ist die Einigung dieselbe wie in den Fällen des Besitzerwerbs durch Übergabe von Hand zu Hand, aber dort knüpft das Gesetz den Erwerb des Besitzes nur an die Tatsache der Erlangung der Herrschaft über eine Sache. Hier dagegen erscheint das innere Moment von dem äußeren Vorgang getrennt und die Vertretung bezieht sich nur hinsichtlich des subjektiven Moments, hinsichtlich gerade der Einigung.

Gibt ein bevollmächtigter Vertreter im Rahmen seiner Vertretungsmacht die zur Einigung nötige Willensäußerung für den Vertretenen ab, so schafft er damit juristischen Besitz für den Vertretenen, vorausgesetzt, daß dieser in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Ein besonderes alieno nomine agere ist dabei nicht notwendig. Es erwirbt der den Besitz aus der Einigung, auf den der objektive Sinn der Einigung hinweist. Hat der Vertreter nicht ausdrücklich den Willen selbst zu erwerben erklärt, so ergibt sich der Sinn seiner Erklärung aus der Kausalbeziehung zwischen ihm und dem Vertretenen.

§ 4. Der Erwerb des Eigenbesitzes.

I. Nahe verwandt mit den Besitzerwerbshandlungen gem. § 854 Abs. 1 und 2 ist der Erwerb des Eigenbesitzes. Eigenbesitzer ist, „wer eine Sache als ihm gehörend besitzt“ (§ 872 BGB.). Hierzu ist notwendig: Erwerb des unmittelbaren (§ 854) oder mittelbaren Besitzes (§ 868), verbunden mit dem Willen des Besitzers, die Sache als ihm gehörend zu besitzen. Die Kundgebung des letzteren Willens — sei er ausdrücklich oder aus konkludenten Handlungen zu schlie-

ßen — erscheint als wesentlich zu dem Begriff des Eigenbesitzerwerbes. Nicht nötig ist, daß die Sache dem Eigenbesitzer gehört; nicht nötig ebenfalls, daß er glaubt, sie gehöre ihm: auch der Dieb ist Eigenbesitzer. Es reicht aus, daß er sie wie eine ihm gehörende besitzt, daß sein Besitz Eigentumsausdruck ist.[1]

Der Erwerb des Eigenbesitzes ist ebenso wie der Besitzerwerb nach § 854 nicht Rechtsgeschäft, sondern Rechtshandlung. Allerdings erhebt das Gesetz hier anders als in § 854 den Willen zu einer besonderen Voraussetzung für den Besitzerwerb. Wo der Besitzerwerb auf Willen des Erwerbers beruht, entscheidet die Richtung dieses Willens. Wenn sein Wille sich auf die dem Eigentumsinhalt entsprechende Stellung zur Sache richtet, wird er Eigenbesitzer.[2] Aber entscheidend ist doch, daß auch der Eigenbesitz immer nur ein tatsächliches Verhältnis enthält und daß, wer sich den Eigenbesitz verschaffen will, nur den Willen haben muß, dieses tatsächliche Verhältnis zu begründen, mithin nicht die Herbeiführung eines Rechtserfolges beabsichtigt.[3] Wollte ein Dieb etwa solches vorhaben, so wäre sein Wille unbeachtlich, da der Rechtserfolg — der Eigenbesitzerwerb — ex lege eintritt.

II. 1. Was nun die rechtliche Behandlung des Erwerbes des Eigenbesitzes anbetrifft, so muß gesagt werden, daß Geschäftsfähigkeit ebensowenig erforderlich ist wie für den Besitzerwerb überhaupt. Planck[4] führt folgendes Beispiel an: „Geht ein Schmetterling über in die Hand eines Kindes, so hindert jene Nichtigkeit nicht die tatsächliche Besitzgründung und wenn das Kind meint, der Schmetterling in seiner Hand sei ihm geschenkt, hat es Eigenbesitz.“ Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß ein Kind, soweit es „willensfähig“ ist, Eigenbesitzer sein kann. Ebenso gibt es viele Geisteskranke, die genau wissen, was es heißt, eine Sache gehöre ihnen und mit vollem, wenn auch krankem Bewußtsein sie so besitzen wollen.[5]

---

[1] Vgl. Wolff, § 7 I.

[2] Insoweit deckt sich der Eigenbesitz mit der röm. possessio dessen, der den animus domini hat.

[3] Vgl. RGRKomm., § 872, Bem. 1, Abs. 2; Planck, § 872, Bem. 4a; Wolff, III, § 7 I 1; Kniep, S. 104; Warneyer, § 872; Rosenberg, S. 157; a. A. Staudinger, § 872, Bem. 5a, b; Breit, a.a.O., S 326 ff.; Biermann, § 872, 1.

[4] § 872, Bem. 4a.

[5] So Planck, a.a.O.; Gierke, II, § 132, Anm. 15; Dernburg, III, § 17; Fischer-Henle, § 872 Bem. 1; Warneyer, Wolff und Kniep

2. Stellvertretung ist bei dem Erwerb des Eigenbesitzes wohl denkbar. Ein Vormund kann für seinen Mündel ein gestohlenes Fahrrad in gutem Glauben erwerben. Hier ist der Mündel einfacher Besitzer, weil er in seiner Person das körperliche Verhältnis begründet, sodann Eigenbesitzer, weil der Vormund für den Mündel erwerben wollte. Oder ich erwerbe im Auftrag meines Freundes ein Bild und bringe dieses in seine Wohnung. Dann ist mein Freund Besitzer, weil er dem äußeren Erfordernis der tatsächlichen Gewalt genügt und er ist Eigenbesitzer, weil ich das Bild als für ihn bestimmt erworben habe. Der mir übertragene Besitzerwerbswille meines Freundes lag in dem mir erteilten Auftrag.[6]

§ 5. Die Aneignung.

I. Während man nun den Erwerb des Eigenbesitzes als Rechtshandlung betrachtet, soll nach Ansicht eines Teils der Schriftsteller die hierauf beruhende Aneignung einer herrenlosen beweglichen Sache gem. § 958 I Rechtsgeschäft sein.[1] Ein anderer Teil der Autoren hält die Aneignung für eine Rechtshandlung.[2] Das BGB. selbst hat die Frage offen gelassen. Es bestimmt lediglich in § 958 I: „Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache."

Wenn nun die Vertreter der ersteren Meinung die Aneignung deswegen für ein Rechtsgeschäft erklären, weil der Erfolg — der Erwerb des Eigentums — auf den darauf gerichteten und im angeblichen Rechtsgeschäft betätigten Willen beruhe, so muß dem zunächst entgegengehalten werden, daß die Aneignung nicht einmal eine Handlung zu sein braucht; denn die Ergreifung des Eigenbesitzes kann ja auch darin bestehen, daß ein Besitzdiener oder Besitzmittler die tatsächliche Gewalt ergreift, während bei dem, der die Sache sich aneignet, weiter nichts vorliegt, als der Wille, die Sache als eine ihm gehörige zu besitzen. Aber auch soweit die An-

---

a.a.O.; a.A. Biermann § 872 Bem. 1; Breit, Geschäftsfähigkeit, S. 236 ff.; Staudinger a.a.O.

[6] Jedoch ist die rechtsgeschäftliche Stellvertretung auch hier von den Fällen der §§ 855, 868 zu unterscheiden.

[1] RGRKomm. § 958, Bem. 3 u. 4; Biermann, § 958; Manigk S. 580 ff.; Leonhard, Allg. T. S. 148; Rehbein, I, S. 101; Crome, III, § 410, Nr. 1; Breit, S. 260 ff.

[2] So Planck, § 958, Bem. 2; Warneyer, § 958; Goldmann-Lilienthal, § 23, Anm. 4; Isay in Iher. Jb., Bd. 44, S. 46; Eltzbacher, S. 216, 207.

eignung Handlung ist, d. h. der sich die Sache Aneignende selbst die tatsächliche Gewalt ergreift, ist sie doch keine Willenserklärung. Während zur Willenserklärung die Erklärung eines auf die angeknüpfte Rechtsfolge gerichteten Willens gehört, erfordert die Aneignung weder die Erklärung, daß man Eigentümer werden will, noch auch das Vorhandensein eines solchen Willens. Es bedarf nur des allerdings erheblichen Willens ein solches tatsächliches Verhältnis zur Sache zu begründen, wie es durch das Eigentum rechtlich gewährleistet wird (animus domini im Gegensatz zur opinio domini). „Nicht das Recht, sondern die dem Recht entsprechende Stellung der Person zu der Sache, das Haben der Sache als die Seinige, ist das Begehrte und Erstrebte."[3] Eine gültige Aneignung liegt auch vor, wenn jemand eine Sache in Eigenbesitz nimmt, deren Herrenlosigkeit er nicht kennt, die er vielmehr für fremdes Eigentum hält. Doch kann in diesem Fall ein auf Erlangung des Eigentums gerichteter Wille so wenig wie die Erklärung eines solchen in Frage kommen.[4]

Die Aneignung ist Rechtshandlung und zwar ist sie zufolge des ihr eigenen Willensmomentes zu der vorliegenden Gruppe der Rechtshandlungen mit erheblichen inneren Tatsachen zu zählen.

II. 1. Sie erfordert nicht Geschäftsfähigkeit, sondern nur Willens- und Handlungsfähigkeit. Auch ein Kind kann, sofern es die zum Erwerbe nötige Reife besitzt, durch Okkupation Eigentümer werden; hat es okkupiert, so kann niemand, der die Sache dem Kinde wieder fortnimmt, den Anspruch erheben, daß er durch die Okkupation Eigentümer geworden sei.[5]

2. Die Vorschriften über gewillkürte Stellvertretung und Vertretung ohne Vertretungsmacht lassen sich auch auf die Aneignung übertragen. Da nicht die Erklärung, sondern der Wille die Anwendbarkeit derselben vermittelt, so kann diese angesichts des auf eine Willenserklärung abgestellten Wortlauts der §§ 164 ff. nur eine sinngemäße sein. Die Erklärung der Stellvertretung ist hier, wie überhaupt bei den Rechts-

[3] Mot. III, S. 82.

[4] So Planck, § 958 Bem. 2 und die oben Angeführten und merkwürdigerweise auch RGRKomm. in § 872 im Gegensatz zu seiner in § 958 vertretenen Ansicht.

[5] So Planck, § 958 Bem. 2; Hedemann, § 15 I, S. 151; Wolff, § 78 III.

geschäften das Sekundäre. Der Vertretungswille bestimmt, sobald er nur zur Tat geworden ist, die Richtung der Wirkungen, er wird Bestandteil des Okkupationsaktes. Der Vertreter will für den Vertretenen erwerben. Nimmt also — um das bekannte Beispiel anzuführen — der Jäger das von ihm gefundene Wild in Eigenbesitz, so ist der Jagdherr Eigentümer geworden, vorausgesetzt, daß der Jäger für diesen handeln wollte oder daß sich aus seinem Verhalten ergibt, daß er nicht für sich, sondern für seinen Herrn okkupiert hat. Ein erhebliches Indiz für den betätigten Vertretungswillen wird auch hier die Erteilung der Vollmacht sein; denn wer bevollmächtigt ist zu okkupieren, nimmt regelmäßig diesen Akt auch für den Erteiler der Vollmacht vor. Fehlt die Vertreterstellung, so könnte auch hier die Genehmigung gem. §§ 177 bzw. 185 II die Rechtswirksamkeit der Okkupation herbeiführen.[6] Aus obengenannten Gründen ist Vertretung des gesetzlichen Vertreters ebenfalls möglich.[7]

4. Abschnitt.

Die Realakte.

Die letzte große Gruppe von Rechtshandlungen bilden die Realakte oder rein äußeren Handlungen, die in weitem Abstand von den Rechtsgeschäften stehen. Bei ihnen tritt das Willensmoment gegenüber dem äußeren Tatbestand ganz in den Hintergrund, und soweit Äußerung eines Willens überhaupt erforderlich ist, bezieht sich dieser nur auf die Herbeiführung des äußeren Vorgangs. Die Rechtswirkung ist hier allein Folge eines durch menschlichen Willen in der Außenwelt geschaffenen Tatbestandes.

Daß diese Handlungen nicht Rechtsgeschäfte sind, ist schon sehr bald erkannt und festgestellt worden. Wenn sich

[6] Vgl. Manigk, S. 590.

[7] Im Gegensatz zur Okkupation ist die Dereliktion § 959 ein Rechtsgeschäft, weil, wie in der Natur der Sache liegt und der Wortlaut des Gesetzes auch unmittelbar sagt, die rechtliche Folge — der Verlust des Eigentums und die Herrenlosigkeit der Sache — deshalb eintritt, weil sie und nur insoweit sie gewollt ist. Sie besteht aus einer Willenserklärung, der Eigentumsaufgabe und einer „Tathandlung", der Besitzaufgabe. Die beiden Tatbestandsstücke fallen äußerlich ähnlich zusammen wie bei der Übereignung nach § 929, Satz 1 die Einigung und Übergabe. Geschäftsfähigkeit ist erforderlich und Stellvertretung möglich. So Staudinger, § 959 Bem. 3; Planck, § 959 Bem. 2; Hedemann, § 15, S. 151; Rümelin, Arch. f. ziv. Prax., Bd. 93, S. 190 und 270; RGRKomm., § 959, Bem. 1; a. A. Eltzbacher, S. 217 und die dort angeführte Literatur.

auch die Rechtslehre hierüber einig ist, so besteht doch Meinungsstreit unter den Schriftstellern, ob und inwieweit auf diese Handlungen die Normen der Willenserklärungen anzuwenden sind. Viele lehnen eine sinngemäße Anwendung rechtsgeschäftlicher Vorschriften auf die Realakte wegen der großen Wesensverschiedenheit zwischen diesen beiden Arten von rechtlich bedeutsamen Handlungen kategorisch ab.[1] Eine Mittelmeinung drückt sich zweifelnd zu dieser Frage aus, kommt jedoch ebenfalls zu der Ansicht, daß „in der Regel" eine analoge Anwendung der rechtsgeschäftlichen Bestimmungen nicht in Betracht kommen könne.[2] Andere wiederum lassen eine solche in weitem Maße zu.[3]

Die Gruppe der Realakte ist sehr umfasssend. Während bei den in den vorhergehenden Kapiteln behandelten Rechtshandlungsgruppen die Möglichkeit bestand, die zu diesen Gruppen gehörenden einzelnen Handlungen aufzuzählen und zusammenzustellen, geht es bei der vorliegenden Rechtshandlungsgruppe nicht an. Dafür sind die Realakte zu zahlreich. Es erübrigt sich deshalb, hier auf die in der Lehre bekannten Schulbeispiele der Rechtshandlungen einzugehen. Die rechtliche Natur der Spezifikation §§ 950, 951, des Erwerbes von Erzeugnissen und Bestandteilen einer Sache nach § 956, des Fundes gem. §§ 965 ff., des Schatzfundes gem. § 984 und der Herstellung eines wissenschaftlichen oder künstlerischen Werkes, durch die ein Urheberrecht entsteht, gem. Lit. U. G., Kunst U. G. Must. G., Pat. G. u. a. ist im Schrifttum so eingehend untersucht, und festgestellt worden, daß ob ihres Charakters als rein äußere Rechtshandlungen weitgehende Übereinstimmung besteht. Eine Untersuchung dieser Handlungen kann hier als überflüssig erscheinen.[4] Ich beschränke mich deshalb darauf, das Wesen dieser Realakte an drei besonders charakteristischen Rechtshandlungen des BGB. zu erörtern, über deren rechtliche Natur im Schrifttum noch

---

[1] Manigk, S. 675 ff.; Biermann, § 38, 2, I e; Enneccerus, § 194 II; v. Tuhr II, S. 369 ff., § 84.

[2] Staudinger, Vorbem. 2 vor § 104; Planck, Vorbem. I 2b zum 3. Abschn.; Oertmann und Warneyer in den Vorbem. z. 3. Abschn.

[3] So Klein, S. 55; Leonhard, S. 299, Dernburg I, § 161 IV, S. 527, 528 (3. Aufl.); Kohler, BGB. VI, § 82, II, III, S. 237, 238; Rosenberg, S. 33 ff.

[4] Ich verweise auf die Erörterungen von Klein, S. 30 ff.; Manigk, S. 652 ff.; Enneccerus I, § 128, III 3; Eltzbacher, S. 133—139, 206 ff. und die neuere Lit., Staudinger, RGRKomm., Planck zu den einzelnen Paragraphen.

nicht Einigkeit besteht und die bis jetzt trotz ihrer Wichtigkeit noch nicht Gegenstand einer so eingehenden rechtlichen Würdigung wie die oben erwähnten Rechtshandlungen gewesen sind. Es sind dies: die relocatio tacita des § 568, das Einbringen von Sachen bei Gastwirten gem. §§ 701 ff. und die in § 904 geregelte Handlung der erlaubten Nothilfe.

§ 1. Die Fortsetzung des Gebrauchs der gemieteten Sache.

I. Das Gesetz bestimmt in § 568 Satz 1: „Wird nach Ablauf der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert, sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Teile gegenüber erklärt."

Voraussetzung der Verlängerung des Mietverhältnisses ist also einerseits die Gebrauchsfortsetzung der gemieteten Sache durch den Mieter, andererseits die Nichtabgabe einer Erklärung entgegenstehenden Willens durch den Mieter oder Vermieter.

Diese stillschweigende Gebrauchsfortsetzung der gemieteten Sache, die sog. relocatio tacita, im römischen Recht durch die leges 13 § 11, 14 D. 19, 2 ausgebildet, ist von dort in den neueren Gesetzgebungen übernommen worden, so im Code civil Art. 1738, 1759 und im § 1218 Sächs. Gesetzbuch. Nach gemeinem Recht und BLR. (Tl. IV, Kap. 6, § 19) genügte hierzu die tatsächliche Fortsetzung des bisherigen Mietverhältnisses wie früher. Das Pr. allg. L. R. (Teil I, Titel 21, § 326) hatte eine solche Erneuerung von der Voraussetzung abhängig gemacht, daß der Mieter den Verlängerungswillen dem Vermieter erklärt und dieser binnen einer gewissen Frist nicht widersprochen hatte. Das BGB. schließt sich im Grundsatz der Auffassung des gemeinen Rechts an und hat das Institut ohne die landesrechtliche Voraussetzung einer Erklärung des Verlängerungswillens aufgenommen. Es genügt die Tatsache des Wohnenbleibens und -lassens, ohne daß weiterer Nachweis ausdrücklichen oder stillschweigenden Willens erforderlich wäre.

Eine im Schrifttum verbreitete Auffassung[1] nimmt nun an, es handele sich bei dieser relocatio tacita um einen durch konkludente Handlungen abgeschlossenen formell neuen Vertrag. Jedoch zu Unrecht!

[1] Z. B. Endemann, § 170, Nr. 1.

Daß die Gebrauchsfortsetzung den Charakter einer neuen Abrede haben soll, geht aus dem § 568 in keiner Weise hervor; wäre es der Fall, so müßte den Parteien der Beweis offen stehen, daß sie etwa aus Irrtum über die Dauer des ursprünglichen Verhältnisses gar nicht die Absicht der Verlängerung gehabt hätten. Davon ist aber, den Ablauf der Frist vorausgesetzt, keine Rede. In Wahrheit wird kein neuer Vertrag geschlossen, sondern das Gesetz knüpft von sich aus an gewisse objektive Tatsachen, die Wirkung einer Erstreckung des alten Vertragsverhältnisses. Es verlangt nicht einen auf die Verlängerung des alten Mietsverhältnisses gerichteten Erfolgswillen des Vermieters und Mieters — § 568 ist insbesondere auch dann anwendbar, wenn die Parteien von der Beendigung des Mietsverhältnisses nichts wissen —, sondern es trägt der Willensrichtung der Parteien nur dadurch Rechnung, daß es ihnen das Recht gewährt, binnen zwei Wochen ihren entgegengesetzten Willen zu erklären.[2] Die Nichtabgabe der in § 568 vorgesehenen Erklärung ist ferner nicht eine stillschweigende Willenserklärung oder wie Enneccerus[3] anzunehmen scheint, eine „unwiderleglich vermutete Willenserklärung". Einem durch Krankheit am Auszug verhinderten Mieter gegenüber kann sich der Vermieter, sollte ersterer nach beendeter Krankheit ausziehen wollen, auf die durch die Gebrauchsfortsetzung während der zweiwöchigen Frist bewirkte Vertragsverlängerung berufen. Läge eine stillschweigende Willenserklärung vor, so könnte der Mieter die letztere auf Grund von § 119 anfechten. Das ist jedoch durch die Fristsetzung des § 568 gerade ausgeschlossen. Die relocatio tacita des § 568 ist somit eine Rechtshandlung.

II. 1. Es fragt sich nun, ob die Parteien um eine stillschweigende Verlängerung herbeiführen zu können, geschäftsfähig sein müssen. Endemann[4] nimmt das auf Grund seiner Anschauung, es handele sich bei der relocatio tacita um einen formell neuen Vertrag, an. Nach Enneccerus[5] erfordert die Gebrauchsfortsetzung als „unwiderleglich vermutete Willenserklärung" ebenfalls volle Geschäftsfähigkeit. Eine andere Ansicht vertreten Kohler[6] und Klein.[7] Nach ihnen zei-

[2] Jakobsohn in Iher.Jb., Bd. 56, S. 376; Manigk, S. 233 ff. und Staudinger § 568 II 1.
[3] I § 144, III 2.
[4] § 170, Anm. 4.
[5] I § 144, III 2.
[6] II 1, S. 276.
[7] S. 47.

tigt der Mietgebrauch während der zwei Wochen auch dann die in § 568 ausgesprochenen Rechtsfolgen, wenn der Mieter oder Vermieter geschäftsunfähig ist. Einmal, weil kein Moment im Tatbestand der Gebrauchsfortsetzung des § 568 das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit rechtfertige und ferner, weil die in § 568 getroffene Regelung bei Geschäftsunfähigkeit der Parteien besonders geeignet sei, die infolge der tatsächlichen Gebrauchsfortsetzung entstandenen neuen rechtlichen Beziehungen in einer für beide Teile klaren und befriedigenden Weise zur Lösung zu bringen.[8]

Die erste Ansicht ist von vornherein abzulehnen, da die relocatio tacita weder Vertrag noch Willenserklärung ist. Der zweiten Anschauung ist folgendes entgegenzuhalten: Das Gesetz knüpft in § 568 die Rechtsfolge der Verlängerung des Mietverhältnisses an die Nichtabgabe einer Willenserklärung. Aber indem es einerseits die Nichtabgabe dieser Willenserklärung fordert, setzt es andererseits doch — wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt — die rechtliche Möglichkeit ihrer wirksamen Abgabe voraus. Zur wirksamen Abgabe einer Willenserklärung sind aber nur voll Geschäftsfähige in der Lage. Es kann deshalb nicht angenommen werden, daß Personen als zur Nichtabgabe der Willenserklärung geeignet erscheinen, die selbst durch Abgabe einer wirklichen Erklärung Wirkungen, wie sie § 568 hervorruft, nicht hätten herstellen können. Mit anderen Worten: die Nichtabgabe kann nur dann die an sie geknüpfte Wirkung haben, wenn derjenige, welcher die Erklärung abgeben müßte, hierzu rechtlich fähig ist, also die erforderliche Geschäftsfähigkeit besitzt.[9] Diese Ansicht erscheint auch mit Rücksicht auf die Rechtsverkehrssicherheit als billig. Es kann einem geisteskranken Vermieter, der nicht die Einsicht hat, das schon über die ordentliche Mietszeit hinausgehende Mietverhältnis dem Mieter zu kündigen, die Fortdauer desselben durch Unterlassung einer diesbezüglichen Erklärung nicht zugemutet werden.

2. Wie wir eingangs festgestellt haben, besteht keine Einigung im Schrifttum, inwieweit allgemein die Vorschriften über die Rechtsgeschäfte §§ 104 ff. auf die Realakte Anwendung finden sollen. Insbesondere herrscht darüber, ob und

[8] Klein, a.a.O., S. 48.

[9] So Endemann, § 170, Anm. 4; Crome II, § 245, Anm. 52; Oertmann, § 568, Bem. 3; RGRKomm., § 568, Bem. 1; v. Tuhr, § 59 a.a.O.; Staudinger, § 568, Bem. VI.

inwieweit bei Realakten Stellvertretung möglich ist, lebhafter Meinungsstreit.

Nach Manigk[10] und Enneccerus[11] sind die Vorschriften über gewillkürte Stellvertretung auf Realakte nicht anzuwenden, da sie von den „geschäftsähnlichen Handlungen" oder „rein äußeren Handlungen" durchgreifend verschieden seien. Auch Biermann[12] glaubt, daß im allgemeinen die analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Realakte abzulehnen sei.[13] Dagegen halten Leonhard,[14] Dernburg,[15] Kohler[16] und Klein[17] eine weitgehende analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB. auf die rein äußeren Handlungen für möglich und geboten. Manigk wiederum lehnt die gewillkürte Stellvertretung bei „rein äußeren Handlungen" mit der Begründung ab, gewillkürte Stellvertretung komme überhaupt nur bei Willenserklärungen (Rechtsgeschäften), nicht aber bei Rechtshandlungen vor, wo nur eine Beihilfe bei der Verwirklichung des Tatbestandes möglich sei.[18]

Dagegen, daß ein Handeln im Namen des Vertretenen nur bei Rechtsgeschäften begrifflich möglich sei, wendet sich Klein[19] im Verlaufe seiner Ausführungen. Es verstehe sich ganz von selbst, daß sich die Vertretung bei Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen im einzelnen verschieden gestalte, aber das Wesentliche der Vertretung bei Willenserklärungen gem. § 164 I, daß der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handele und der Vertreter dem Gegner zu erkennen gebe, daß er im Namen einer dritten Person handeln wolle und daß die von ihm vorgenommene Handlung als Handlung der dritten Person gelten solle, finde sich auch in den Fällen, in welchen der Ermächtigte eine Rechtshandlung für den Vollmachtgeber vornehme. — Manigk wiederum befürchtet von der Anwendung des Begriffes Vertretung bei Rechtshandlungen eine Verwischung der Grenze zwischen Vertretung und Boten-Gehilfentum.[20] Es kommt

[10] a.a.O., S. 643 ff.
[11] I, § 194, II.
[12] I, § 950, S. 291, 292.
[13] Ebenso OLG., Bd. 26, S. 60; Oertmann, § 164, Vorbem. 5; Warneyer, Vorbem. I zu § 164; RG., Bd. 63. S. 150; Lehmann, § 36, III.
[14] Allg. T., S. 309.
[15] I, § 161, IV, S. 527, 528 (3. Aufl.).
[16] VI, § 82, II, III, S. 237, 238.
[17] a.a.O., S. 52 ff.; insbesondere in Österr. Zentr. Bl. Bd. 28, S. 717 ff.
[18] a.a.O., S. 643.
[19] a.a.O., S. 57.
[20] a.a.O., S. 677.

aber lediglich dabei darauf an, die richtige Grenzlegung zwischen Vertretung und Gehilfentum bei Willenserklärungen auf die Rechtshandlungen entsprechend zu übertragen.

Hier kann auf das auf S. 36 Ausgeführte Bezug genommen werden. Ausschlaggebend muß für diese Frage sein, ob das rechtsgeschäftliche Verhalten des Handelnden als selbständiges, d. h. als Ergebnis eigenen rechtsgeschäftlichen Entschlusses oder als unselbständiges, als Kundgebung fremden Willensentschlusses erscheint. Ist der Handelnde auf Grund einer allgemein erteilten Vollmacht in der Lage nach eigener selbständiger Initiative die Rechtshandlung vorzunehmen, hat der Bevollmächtigte bei der Vornahme der Rechtshandlung nach freiem Ermessen gehandelt, so liegt nach richtiger Auffassung Vertretung und nicht Gehilfentätigkeit vor. Darum kann Vertretung bei Realakten nicht mit der Begründung abgelehnt werden, daß diese Rechtshandlungen seien. Ob und inwieweit Vertretung bei rein äußeren Handlungen möglich ist, läßt sich vielmehr lediglich aus dem Wesen der einzelnen rein äußeren Handlungen herleiten. Vertretung ist jedenfalls insoweit möglich, als der Bevollmächtigte auf Grund der ihm erteilten Vollmacht in der Lage ist, die rein äußeren Handlungen nach eigener selbständiger Initiative, nach freiem Ermessen im Namen des Vertretenen vorzunehmen. Dabei ist es nach § 164 I 2 BGB. gleichgültig, ob dieser Wille, als Vertreter zu handeln, ausdrücklich erklärt oder aus den Umständen zu entnehmen ist. „Der Name des Vertretenen braucht nicht genannt zu werden."[21] — Beauftrage und bevollmächtige ich somit meinen Freund A für diese Zeit meiner Abwesenheit mein bei B gemietetes Zimmer zu bewohnen, so führt er dadurch, daß er zwei Wochen über die ursprüngliche Mietzeit hinaus ohne Abgabe einer entgegenstehenden Erklärung das Zimmer bewohnt, rechtswirksam für mich eine Verlängerung des Mietsverhältnisses zwischen mir und A herbei.

Entsprechend dem oben Gesagten und unter den angeführten Voraussetzungen ist auch Stellvertretung ohne Bevollmächtigung hierzu (Vertretung ohne Vertretungsmacht) bei den Realakten möglich. Jedoch treten die Rechtsfolgen der Handlung des Vertreters nur dann für den Vertretenen ein, wenn er die Geschäftsführung des Vertreters ohne Vertretungsmacht genehmigt §§ 177 ff. Denkbar ist jedenfalls

[21] Enneccerus, Allg. T., § 166, I 1 b.

solche Vertretung ohne Vertretungsmacht auch bei der relocatio tacita.

Daß ferner gesetzliche Vertretung bei den Realakten[22] möglich ist, wird in der Lehre nicht bestritten. Wenn nach § 1630 „die Sorge für die Person und das Vermögen die Vertretung des Kindes umfaßt", so versteht es sich von selbst, daß der gesetzliche Vertreter desselben nach seinem eigenen Ermessen im Namen des Kindes alle die rein äußeren Handlungen vornehmen kann und im Hinblick auf seine Fürsorgepflicht vornehmen muß, die zur Vertretung desselben nötig erscheinen. Wollte man gesetzliche Vertretung bei den Realakten nicht zulassen, so hieße das eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Einschränkung der Fürsorgepflicht des gesetzlichen Vertreters. — Daß somit der gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen oder Geisteskranken für diesen im Falle des § 568 eine Verlängerung des Mietsverhältnisses herbeiführen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.[23]

§ 2. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten.

I. Nach § 701 Satz 1 haftet ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, dem in seinem Betriebe aufgenommenen Gast für den Schaden, den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung seiner eingebrachten Sachen erleidet.

Die Voraussetzungen der Haftung sind im einzelnen die folgenden:

1. Die strenge Haftung trifft nur diejenigen Gastwirte, welche gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnehmen.
2. Der Gast muß im Betriebe des Gastwirtsgewerbes zur Beherbergung aufgenommen sein. Entscheidend ist die tatsächliche Aufnahme ohne Rücksicht auf den Abschluß eines Gastaufnahmevertrags zwischen Wirt und Gast.
3. Die Haftung erstreckt sich nur auf die eingebrachten Sachen. Als solche gelten die Sachen bereits, wenn sie dem Personal des Gastwirtes, der zur Entgegennahme

[22] Soweit sie nicht höchstpersönlicher Natur sind, wie z. B. das „Anwesendsein" als Zeuge bei der Errichtung von Testamenten §§ 2233, 2234, 2235 I, 2236, 2237 usw. oder das Finden einer verborgenen Sache § 984 usw. Hier ist jegliche Art von Vertretung ausgeschlossen.

[23] Das über die Gebrauchsfortsetzung der gemieteten Sache Gesagte gilt ebenfalls in entsprechender Weise für die relocatio tacita in § 625 und die stillschweigende Fortsetzung der Gesellschaft nach Ablauf der bestimmten Zeit, § 724, Satz 2.

der Sachen bestellt ist, oder als bestellt angesehen werden kann (z. B. Hausdiener), übergeben sind, oder wenn sie an einen Ort gebracht sind, der zur Aufnahme der Sachen bestimmt ist (vgl. RG., 1, S. 83; 99, S. 70).

Über den Rechtsgrund der Haftung des Gastwirtes ist sich die Wissenschaft auch heute noch nicht einig geworden. Schuld daran mag sein die Stellung des 13. Titels im 7. Abschnitt des 2. Buches. Die Regelung der Einbringung von Sachen bei Gastwirten an dieser Stelle hat viele zur Annahme verleitet, daß darin die Wirkungen eines Vertrags bestimmt werden sollen. Jedoch kann daraus ein sicherer Schluß nicht gezogen werden.

Bei der Anordnung des Stoffes im 7. Abschnitt sind mehrfach an die Vorschriften, welche die Wirkung eines Vertrags bestimmen, Vorschriften über ähnliche nicht auf Vertrag beruhende Verhältnisse angeschlossen, so z. B. an die Vorschriften über den Auftrag die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag, an die Vorschriften über die Gesellschaft die über die Gemeinschaft. In ähnlicher Art kann auch für die Stellung der Vorschriften über die Haftung der Gastwirte für eingebrachte Sachen die Ähnlichkeit des Verhältnisses mit der im vorliegenden Titel behandelten Verwahrung maßgebend gewesen sein. Der Wortlaut des § 701 spricht nicht notwendig für das Erfordernis eines Vertrags. Im Gegensatz zu § 688, der die Bestimmungen über die Verwahrung mit der Vorschrift einleitet „durch den Verwahrungsvertrag wird der Verwahrer verpflichtet", bestimmt der § 701, ohne einen Vertrag zu erwähnen, nur die Verpflichtung des Gastwirtes zum Ersatz des Schadens, den der in dem Betriebe des Gewerbes aufgenommene Gast durch den Verlust oder die Beschädigung der von ihm eingebrachten Sachen erlitten hat.

Dennoch sieht ein großer Teil der Schriftsteller die rechtliche Grundlage dieser Haftung in einem Vertrag zwischen dem Gastwirt und dem Gast. Darüber, welchen Inhalt dieser Vertrag hat, gehen die Ansichten wieder auseinander. Nach der einen Ansicht ist es der ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossene Gastaufnahmevertrag, auf welchem die Haftung des Gastwirts für die eingebrachten Sachen beruht.[1] Insbesondere die Motive[2] führen aus: „Die besondere weit-

[1] So Langen, „Privatrechtl. Stellung der Wirte . . .", S. 25 ff.; Staudinger, § 701, Bem. 5.

[2] II, S. 585.

gehende Haftung des Gastwirts entspringt unmittelbar aus dem ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen Aufnahmevertrag". Auch die Protokolle[3] halten die unbeschränkte Haftung des Gastwirts für an sich im Wesen des Gastaufnahmevertrags begründet. Nach Gierke[4] handelt es sich um einen auf Einstehen für die Sicherheit der eingebrachten Sachen gerichteten Schuldvertrag, der an sich als Nebenvertrag des Beherbergsvertrags erscheine, aber selbständige Wirksamkeit erlangen könne; „dieser Sondervertrag hat die Merkmale eines eigenartigen Verwahrungsvertrages".[5]

Im Gegensatz zu diesen Ansichten steht eine Auffassung, die keinen Vertrag zwischen dem Gastwirt und dem Gast fordert, die Haftung des Gastwirts vielmehr unmittelbar kraft Gesetzes entstehen läßt, wenn tatsächlich ein Gast von dem Gastwirt im Betriebe seines Gewerbes aufgenommen ist.[6] Dieser Auffassung einer durch das Gesetz bewirkten Haftung ist beizutreten. Allerdings wird die Vertragsnatur der Haftung nicht dadurch widerlegt, daß das Gesetz sie ausspricht. Dieses regelt auch sonst oft vorsorglich die Haftung der Parteien, z. B. bei Kauf und Miete, ohne ihr damit die Vertragsnatur zu rauben. Entscheidende Frage ist vielmehr, ob die Haftung der §§ 701 ff. sich nur auf einen Vertrag als unumgängliche Grundlage stützen kann oder auch ohne solche selbständig eintritt. Das muß im letzteren Sinn beantwortet werden. Der in § 701 unterstellte Tatbestand muß durchaus nicht immer Vertrag sein, besonders nicht in den Fällen des Abs. 2, wo vielfach ein Gastaufnahmevertrag oder ein besonderer Übernahmevertrag weder durch den Wirt noch durch einen von ihm Bevollmächtigten geschlossen ist, sondern die Haftung auch durch Übergabe an solche Leute des Gastwirts begründet wird, die zur Entgegennahme der Sachen „den Umständen nach als bestellt anzusehen waren" (§ 701 II).

Die äußere Tatsache der Einbringung der Sachen des Gastes in den Betrieb des Gastwirts allein, nicht ein darauf ge-

[3] II, S. 407, 409.

[4] § 104, VI.

[5] Gierke, § 204 VI, ähnlich auch Polenske, Gastschaftsverträge, der zwischen einem Gastwirtschaftsvertrag und einem Beherbergungsvertrag unterscheidet.

[6] So Dernburg II 2, § 353 VI; Endemann I, § 186, Nr. 1; RGRKomm. § 701, Bem. 2; Cosack, S. 623; Oertmann, Bem. 3a vor § 701; Fischer-Henle, § 701, Note 3; Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse . . ., S. 137 ff.; Crome, § 278, Anm. 8; Manigk, S. 674.

richteter Vertrag zwischen Gast und Gastwirt bildet die Grundlage der hier in Frage stehenden Haftung des Gastwirts für die eingebrachten Sachen. Dabei ist es gleichgültig, ob und welche Rechtswirkungen der Einbringende sich als mit der Einbringung verbunden vorgestellt bzw. gewollt hat. Eine Willensbetätigung des Einbringenden ist nur insoweit erforderlich, als er das tatsächliche Einbringen als Handlung gewollt haben muß. Die Einbringung von Sachen bei Gastwirten ist deshalb eine Rechtshandlung und zwar, wie sich aus dem oben Gesagten ergibt, ein Realakt.

II. 1. Hiernach kommt es auf eine Geschäftsunfähigkeit des Gastes[7] für die Verpflichtung des Gastwirts nach den §§ 701—703 nicht an. Das „Einbringen von Sachen" kann von jedem wirksam vorgenommen werden, der die natürliche Fähigkeit besitzt, diese Handlung vorzunehmen. Nur diese Auffassung kann dem Grundgedanken des Gesetzes, wonach nicht Geschäftsfähige durch ihre eigenen Handlungen keinen Schaden erleiden sollen, gerecht werden. Gerade im Falle der Einbringung von Sachen bei Gastwirten erfordert der Schutz eines Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen die strenge Haftung des Gastwirts für die von ihm eingebrachten Sachen. Dieser Zweck würde nicht oder nur teilweise erreicht, wenn auf die Einbringung die §§ 104 ff. Anwendung fänden.[8], [9]

2. Daß Stellvertretung bei der Einbringung von Sachen bei Gastwirten im Hinblick auf das S. 80 Gesagte jederzeit sowohl auf der Seite des Einbringenden wie auf der des Gastwirtes möglich ist, zeigen folgende Beispiele:

1. Die Vertretungsmacht beruht auf Gesetz: Der Vater bringt die Koffer seines minderjährigen Sohnes in ein Gasthaus. Folge: Der Gastwirt haftet dem Minderjäh-

---

[7] Die zwar den Beherbergungsvertrag nichtig macht.

[8] So RGRKomm., § 701, Bem. 2 und die auf S. 83 in Note 6 angeführten. Anderer Ansicht, die in den Noten 1—5 Erwähnten.

[9] Daß umgekehrt dieser Schutz auch dem nicht oder beschränkt geschäftsfähigen Gastwirt zuteil werden müsse, entspräche an sich den obengenannten Grundgedanken des Gesetzes. Jedoch kann einem „einbringenden" Gast im Interesse eines möglichst reibungslosen Rechtsverkehrs und im Hinblick auf die durch die „Einbringung" bei einem andern bedingte Schutzbedürftigkeit seiner Sachen nicht jedesmal zugemutet werden, sich der Geschäftsfähigkeit des Gastwirtes zu vergewissern; Geschäftsfähigkeit ist also auch auf Seiten des Gastwirts nicht erforderlich.

rigen für jeden Schaden, den derselbe durch Verlust oder Beschädigung seiner Sachen erleidet.

2. Die Vertretungsmacht beruht auf einem Rechtsgeschäft (gewillkürte Stellvertretung):
Der von A verpflichtete Reisebegleiter B läßt die Koffer des A in ein Hotel bringen. Folge: Der Hotelier haftet dem A für einen an seinen Sachen entstandenen Schaden.
3. Vertretung ohne Vertretungsmacht:
A, der mit B zusammenreist, läßt die Koffer des B ohne Wissen desselben in ein Gasthaus bringen. Dort werden sie beschädigt. Folge: Der Gastwirt haftet dem B dann, wenn dieser die Handlung des A genehmigt und sich mit der „Einbringung" seiner Koffer durch A einverstanden erklärt hat.

Soll Vertretung auf Seite des Gastwirts angenommen werden, so ergibt sich folgendes:

1. Die Vertretungsmacht beruht auf Gesetz. Der Vater des beschränkt geschäftsfähigen Gastwirts A läßt die Koffer des Gastes G in das Gasthaus des A bringen; dort werden sie beschädigt. Folge: A haftet aus § 701 dem G.
2. Gewillkürte Stellvertretung: Der Geschäftsführer des Hotels des A läßt die Koffer des B in das Hotel bringen; dort werden sie beschädigt. Folge: A haftet dem B aus § 701.
3. Vertretung ohne Vertretungsmacht: Der Freund des Gastwirts A, der demselben einen Gast zubringen will, läßt die Koffer des Gastes G in das Gasthaus des A schaffen. Folge: A haftet dem G für eine Beschädigung an dessen Sachen nur dann, wenn er die Handlung seines Freundes genehmigt hat (§ 177 ff.).

§ 3. Die Notstandshandlung des § 904.

I. Als Rechtshandlung eigenartigen Charakters stellt sich die Handlung des Aggressivnotstandes dar. Der § 904 bestimmt: „Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Der Eigentümer kann Ersatz des ihm entstehenden Schadens verlangen."

Wie sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt, handelt es sich bei der Nothilfehandlung, da es an der Widerrechtlichkeit derselben fehlt, nicht um eine unerlaubte Handlung. Sie ist nicht etwa nicht eine rechtswidrige Verletzung, sondern überhaupt keine Verletzung des Eigentums. Fraglich allerdings ist es, ob die Notstandshandlung des § 904 BGB. sich als rechtmäßige charakterisiert derart, daß der im Notstand verübte Eingriff ein Recht darstellt oder nicht.

Landsberg,[1] Oertmann[2] und Zitelmann[3] erkennen ein Recht, auf fremdes Eigentum im Notstand einzuwirken, nicht an. Sie halten die Einwirkungshandlung für rechtlich neutral. „Dies entspricht," sagt Landsberg, „am genauesten dem positiv vorliegenden Gesetz." Die Sachlage sei genau ebenso „wie bei einer dem gemeinen Gebrauch gewidmeten Sache, die, soweit dieser Gebrauch es bedingt, dem Zugriff jedermanns unter Ausschluß der Vorrechte des Eigentümers unterliegt, ohne daß aber irgendwer ein Recht im subjektiven Sinn auf solche Benutzung hätte." Ebenso beruft sich Zitelmann auf die bloß negative Fassung des Gesetzes. Oertmann hält die Rechtswidrigkeit der Einwirkungshandlung schon deswegen für ausgeschlossen, weil eine nicht rechtswidrige Handlung, wie sie § 904 darstelle, durchaus nicht rechtmäßig zu sein brauche. Zwischen der Widerrechtlichkeit und der Rechtmäßigkeit liege das weite Gebiet der rechtlich freien Handlungen. Für die Annahme eines subjektiven Eingriffsrechts fehle es auch an einem Rechtsobjekt.

Ich folge hier der herrschenden Meinung[4] und sehe die Notstandshandlung des § 904 BGB. nicht als eine rechtsfreie an. Denn würde die Notstandshandlung nur für „rechtlich neutral" erachtet, so wäre ein aktiver Widerstand dagegen nicht widerrechtlich und dadurch würden die Vorschriften in vielen Fällen hinfällig werden. Abgesehen davon kann man aber Handlungen als „rechtlich neutral" nur dann ansehen, wenn das Recht weder verbietet noch gebietet. Dort beginnt dann das Gebiet der rechtlich freien Handlungen. Hier aber hemmt der Noteingriff das Ausschließungsrecht des Eigen-

---

[1] Recht des BGB. I, S. 285.
[2] Allg. T. zu § 228 (3. Aufl.).
[3] Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 99, S. 21/22.
[4] Dernburg III, S. 286; Staudinger III, § 904, Anm. 3a; Planck, § 904, Anm. 3; Titze, Notstandsrechte . . ., S. 23/24, 99; RGRKomm., § 904, Bem. 3; Meißner-Stern, Preuß Nachbarrecht, S. 163; RG., Bd. 71, S. 241; Oetker, Über Notwehr . . . nach den §§ 227, 228, 904, S. 56.

tümers nicht zu Gunsten unbestimmter Vieler, sondern allein dem Einwirkenden gegenüber. Neutral ist aber eine Sache dann nicht, wenn nur einer bestimmten Person die Einwirkung auf das Eigentum gestattet wird.

Aber auch schon dadurch charakterisiert das Gesetz die Notstandshandlung als rechtlich erhebliche, daß es an sie die Schadenersatzfolge knüpft. Denn gerade dadurch unterscheiden sich die rechtserheblichen von den rechtlich unerheblichen Handlungen, daß die letzteren keine rechtlichen Folgen nach sich ziehen. Es kann also die Eingriffshandlung des § 904 BGB. nicht als neutrale angesehen werden.

Ebensowenig fehlt es aber bei der Eingriffshandlung an einem Rechtsobjekt; denn der Eigentümer der Sache kann nach § 904 BGB. die Einwirkung gar nicht verhindern. Das ihm kraft seines Eigentumsrechtes an sich zustehende Verbietungsrecht ist ihm genommen, sein Wille also insoweit zugunsten des Einwirkenden rechtlich beeinflußt. Rechtsobjekt ist daher einmal der in bestimmtem Umfang beschränkte Wille des Verletzten und sodann die benutzte fremde Sache selbst, da sie dem unmittelbaren Zugriff des Gefährdeten oder seiner Helfer unterliegt.

Mit Recht verwirft daher m. A. nach die herrschende Lehre die Auffassung, die Einwirkungshandlung sei rechtlich neutraler Natur und charakterisiert sie als Ausfluß eines subjektiven Rechts. Ihre zahlreichen Vertreter[5] begründen das mit dem Hinweis darauf, daß einer Duldungspflicht im Privatrecht stets ein subjektives Recht auf der Gegenseite entsprechen müsse. Denn die Verpflichtung eines anderen, eine Verletzung seines Güterstandes geschehen zu lassen, sei privatrechtlich nur denkbar, wenn der Verletzende auf Grund eines subjektiven Rechts handele. Solange es nicht geschehe, könne der Angegriffene gem. § 227 BGB. sich gewaltsam dagegen wehren, nur im anderen Fall sei Notwehrrecht ausgeschlossen.

Gegen diese Argumentation wendet sich Weilinghaus,[6] indem er ausführt, eine fremde Rechtssphäre sei überhaupt nicht verletzt, da ja die Einwirkung nach § 904 ausdrücklich erlaubt sei. Die angegriffene Sache werde während der Notstandslage der Rechtssphäre seines Eigentümers entzogen und damit eine herren- und besitzlose. Das ist jedoch m. E.

---

[5] Vgl. Anm. 4.

[6] Weilinghaus, Der Notstand . . ., S. 45.

nicht zutreffend. Das Eigentumsrecht erlischt nicht im Moment des Eingriffs, sondern es ist bloß vorübergehend dem aus Notstandszwecken Einwirkenden gegenüber unwirksam. Fallen also die Voraussetzungen der Notlage wieder fort, so tritt der Eigentümer in der Ausübung seiner Rechte ohne weiteres wieder in vollem Umfange in seine frühere Stellung ein.

Wenn Weilinghaus dann schließlich meint, der Gesetzgeber hätte die Einwirkungshandlung ausdrücklich als rechtmäßige bezeichnen müssen, falls er diese Absicht gehabt hätte, so möchte ich nur auf die Protokolle hinweisen.[7] Niemals findet sich dort auch nur der leiseste Anhaltspunkt, aus dem sich die rechtlich neutrale Natur derselben folgern ließe. Ist die Rechtmäßigkeit der Einwirkungshandlung dabei auch nicht in der endgültigen Gesetzesfassung besonders zum Ausdruck gekommen, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß die Gesetzgeber, die durch § 904 BGB. erlaubten Eingriffe auf fremde Güter für rechtmäßig hielten.[8]

Dieses Recht zur Nothilfe nun steht aber nach dem Gesetz dem handelnden Nothelfer nur zur Seite, wenn die Voraussetzungen, die der § 904 für die Notstandshandlung aufstellt, auch wirklich im einzelnen Falle vorliegen.

Als erste Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung benennt das Gesetz das Erfordernis einer „gegenwärtigen Gefahr". Was hierunter zu verstehen ist, läßt das Gesetz unbeantwortet. Es unterstellt damit die Begriffsbestimmung einer gegenwärtigen Gefahr dem freien richterlichen Ermessen von Fall zu Fall. Das Reichsgericht kennzeichnet eine „gegenwärtige Gefahr" im Sinne des § 904 als ein „außergewöhnliches Ereignis, durch das die bestehenden Verhältnisse derartig verändert werden, daß eine sofortige Abhilfe — sei es auch durch Eingriff in fremdes Eigentum — notwendig wird."[9] Es muß hiernach ein Schaden drohen, der nach allgemein menschlicher Erfahrung ohne den sofortigen Eingriff zu erwarten ist.

---

[7] Vgl. Prot. VI. S. 213 ff. und 216/217.

[8] A. A. sind jedoch Enneccerus, § 222, N. 3, der die Einwirkungshandlung nicht für ein Recht im subjektiven Sinne hält, da sie nicht den Regeln über subjektive Privatrechte unterstehe, und Neubecker, der die Ansicht vertritt, daß Notdelikte auch Delikte seien, woraus der Delinquent als Täter hafte (in Festgabe f. Gierke III, S. 340).

[9] RG., Bd. 57, S. 191.

Als zweites Tatbestandsmerkmal verlangt § 904, daß die Nothilfehandlung zur Abwendung der Gefahr „notwendig" ist. Es darf also dem Nothelfer ein anderes, einen Eingriff in einen fremden Rechtskreis nicht enthaltendes gleich taugliches Mittel nicht zu Gebote stehen.

Noch ein Drittes erfordert der Tatbestand des § 904. Der drohende Schaden muß „gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß" sein. Der Nothelfer hat demnach nicht die kollidierenden Rechtsgüter dem Wert nach abzuwägen, sondern dem mutmaßlichen Umfang ihrer Beeinträchtigung nach. „Es muß sich um den Schutz eines erheblich höherwertigen Gutes handeln."[10]

Liegen somit alle Voraussetzungen des § 904, die Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Notstandshandlung sind, vor, so steht dem Nothelfer ein subjektives Recht zur Einwirkung zur Seite. Dem geschädigten Eigentümer der Sache ist daher keine Notwehr gegen die Nothilfehandlung gegeben. Nach § 904, S. 2 kann er vielmehr Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen.

Daß die Notstandshandlung nicht Rechtsgeschäft sein kann, ist offensichtlich; handelt es sich doch bei ihr um eine erlaubte Handlung, durch die nicht ein seelischer Vorgang, insbesondere der Wille des Handelnden zum Ausdruck gebracht werden soll, sondern die vielmehr als solche lediglich mit Rücksicht auf den von ihr in der Außenwelt geschaffenen Erfolg Rechtswirkung hat. Die Praxis[11] selbst hat die Notstandshandlung mehrfach „weder als Rechtsgeschäft, noch als Delikt, sondern als eine einfache Rechtshandlung" angesehen. Aber auch als „geschäftsähnliche Handlung",[12] oder wie Lehmann[13] sagt, „Willens- oder Vorstellungsäußerung" kann die Nothilfehandlung nicht angesehen werden. Ist doch die Rechtswirkung bei ihr nicht Folge einer Willensäußerung, sondern eines durch menschlichen Willen herbeigeführten rein äußeren Vorganges.

Deshalb sieht die herrschende Lehre[14] mit Recht die Notstandshandlung als eine „rein äußere Handlung" als einen

---

[10] RG., Bd. 71, S. 241.

[11] OLG. Kiel, Urt. v. 4. 12. 1913 in OLG., Bd. 29, S. 335; RG., Bd. 88, S. 215.

[12] Enneccerus, I, § 128. III. [13] Lehmann, § 20 V.

[14] Klein, a.a.O., S. 41; v. Tuhr, § 48, II 1c; Planck, Vorbem. I 2b zum 3. Abschn.; Biermann I, § 38, S. 116, 117.

Realakt an. Enneccerus[15] will sie unter eine kleine Gruppe der „schuldlosen, aber gleichwohl zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen" einreihen, steht aber damit vereinzelt da.

II. 1. Da sich die Notstandshandlung als echter Realakt darstellt, ist bei ihr eine Willensbetätigung nur insoweit erforderlich, als der Nothelfer die von ihm vorgenommene Handlung tatsächlich gewollt hat. Geschäftsfähigkeit braucht somit nicht gefordert zu werden, notwendig ist nur, daß der Nothelfer die natürliche Fähigkeit besitzt, die Handlung vorzunehmen. Ein Kind kann, falls es zur Abwendung des Angriffes eines Hundes auf ein anderes Kind notwendig ist, von dem Gartenzaun eines benachbarten Grundstücks eine Zaunlatte abreißen, um damit gegen den Hund vorzugehen.

2. Daß auch Stellvertretung (gewillkürte Stellvertretung) beim Aggressivnotstand durchaus möglich ist, hat sogar die Rechtsprechung erkannt. — Bei einem auf dem Lande ausgetragenen Fußballwettspiel zweier Vereine wird ein Spieler so schwer verletzt, daß seine sofortige Überführung in ein Krankenhaus notwendig erscheint. Der vom Verein, dem der Verletzte angehört, angestellte Sportwart hält daraufhin ein des Weges kommendes Automobil an und schafft darin trotz Gegenrede des Autoeigentümers den Verletzten in ein Krankenhaus. — Er handelte dabei in seiner Eigenschaft als bevollmächtiger Vertreter seines Vereins. Als solcher könnte er gem. § 30 die Rechtsgeschäfte, „die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt", vornehmen. Hier gehört zu den Befugnissen des Sportswarts in erster Linie die Sorge für das Wohl der Mitglieder. Um diesen seinen Befugnisssen nachzukommen, kann er jedes Rechtsgeschäft abschließen, jede Handlung vornehmen, die ihm zu diesem Zwecke geeignet scheint und immer wird sein Verein daraus verpflichtet werden. Sollte er aber einmal gezwungen sein, eine Nothilfehandlung zur Durchführung der ihm übertragenen Fürsorge für die Vereinsmitglieder vornehmen zu müssen, dann soll nach der herrschenden Lehre keine Haftung des Vereins für den Sportwart eintreten, weil die Realakte von den Rechtsgeschäften und auch von den „geschäftsähnlichen Handlungen" durchgreifend verschieden seien und deshalb eine analoge Anwendung der Regeln über die Rechtsgeschäfte nicht möglich sei.[16]

[15] a.a.O. § 128 III. [16] Enneccerus I, § 194 II.

Das kann jedoch unmöglich der Wille des Gesetzes sein. Würde doch eine solche Auslegung des Vertretungsbegriffes in §§ 30, 31 BGB. zu den unbilligsten Ergebnissen führen. Hier hat nun die Rechtslehre und das RG. an anderer Stelle selbst der Möglichkeit der Vertretung bei Rechtshandlungen Rechnung getragen, indem sie das vom RG. in Bd. 74, S. 256 aufgestellte Erfordernis rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht bestreiten, weil das Wort „Vertreter" hier nicht im eigentlichen technischen Sinn zu verstehen sei.[17] „Die gegenteilige Ansicht des RG. erscheint vor allem deshalb bedenklich, weil sie dazu führt, die praktische Anwendung des § 31 BGB. in nicht erwünschtem Maße einzuschränken."[18]

Demnach soll nach h. M.[19] ein Verein auch aus einer solchen Handlung seines Vertreters haften, die — wenngleich sie nach § 904, Satz 1 BGB. nicht widerrechtlich ist — dennoch nach § 904 Satz 2 BGB. eine Pflicht zum Schadensersatz hervorruft. Dieses Ergebnis entspricht der Billigkeit. Wenn ich jemand bevollmächtige, mich zu vertreten, so liegt darin in der Regel mehr als die im BGB. geregelte rechtsgeschäftliche Vollmacht.

Auch die neuere Gesetzgebung trägt diesem Gedankengang Rechnung. So bestimmt VVG. § 46: „Ist der Versicherungsagent ausdrücklich für einen bestimmten Bezirk bestellt, so beschränkt sich seine Vertretungsmacht auf Geschäfte und Rechtshandlungen, welche sich auf Versicherungsverträge über die in dem Bezirk befindlichen Sachen oder mit den im Bezirk gewöhnlich sich aufhaltenden Personen beziehen. In Anwendung der von ihm vermittelten oder abgeschlossenen Verträge bleibt der Agent ohne Rücksicht auf diesse Beschränkung zur Vornahme von Geschäften und Rechtshandlungen ermächtigt." Nach HGB. § 49 I ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Handlungsgewerbes mit sich bringt. § 54 I HGB. bestimmt: „Ist jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb des Handelsgewerbes oder zur Vornahme einer be-

---

[17] Oertmann, § 31, Erl. 3c; Staudinger § 31, Erl. 6g; Biermann I, § 130, Ziff. 3; RG. Bd. 53, S. 279; Bd. 75, S. 94, Bd. 110, S 247 und in: „Das Recht", 1918, Nr. 960; Dernburg I, § 66, IV; Varrentrapp, Der besondere Vertreter . . ., S. 34.

[18] RGRKomm. § 31, Bem. 1.

[19] Planck, § 31, Anm. 3c; Staudinger, § 31, Bem. 10a; RGRKomm., § 31, Bem. 1.

stimmten zu dem Handelsgewerbe gehörigen Art von Geschäften oder zur Vornahme einzelner zu dem Handelsgewerbe gehöriger Geschäfte ermächtigt, so erstreckt sich die Vollmacht (Handlungsvollmacht) auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt."[20]

Diese Bestimmungen berechtigen zu dem Schluß, daß unsere Gesetzgebung die Möglichkeit einer Stellvertretung bei Rechtshandlungen in Betracht gezogen hat. Jedoch ist immer Voraussetzung, daß die äußere Handlung von dem Vertreter auf Grund einer allgemein erteilten Vollmacht nach eigener selbständiger Initiative, nach freiem Ermessen im Namen des Vertretenen vorgenommen wird. Soweit sonst die Mitwirkung eines Dritten zur Verwirklichung des Tatbestandes einer „rein äußeren Handlung" in Frage kommt, liegt nicht Vertretung, sondern bloße Gehilfentätigkeit vor.

Daß auch Vertretung ohne Vertretungsmacht beim Aggressivnotstand des § 904 möglich ist, kann im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 680, 683 nicht bestritten werden.

Auch der gesetzliche Vertreter eines Geschäftsunfähigen kann für diesen eine Handlung erlaubter Selbsthilfe vornehmen, falls es die Interessen des von ihm Vertretenen erfordern. Der Vormund kann somit zur Abwehr des Angriffes eines Hundes auf seinen Mündel aus einem benachbarten Hause gewaltsam einen Schlaggegenstand herausholen, um den Hund damit abzuwehren. Die Schadensersatzverpflichtung trifft den Mündel.

[20] Vgl. auch §§ 521 I, 493 HGB.